

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**EL DERECHO DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ALCANCES
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO**

M. SC. OTTO ANÍBAL RECINOS PORTILLO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2021

ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL DERECHO DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS: ALCANCES EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

M. Sc. OTTO ANÍBAL RECINOS PORTILLO

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, febrero de 2021

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: M. Sc. Luis Renato Pineda

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

VOCAL: Dr. Aníbal González Dubón

SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

NOTA: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 18 de septiembre del 2019.

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Director:

Respetuosamente me dirijo a usted para informar que con fecha 24 de julio de 2019, el maestro Otto Anibal Recinos Portillo, sustentó su examen privado de tesis doctoral en Derecho constitucional, titulada "EL DERECHO DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ALCANCES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO".

En esa oportunidad el Tribunal Examinador le formuló recomendaciones para enmendar la tesis, y me designó en mi calidad de tutor verificar que el sustentante cumpla con las mismas, sin establecer plazo para el efecto. Después de revisar nuevamente el trabajo de investigación, es grato informar que el maestro Otto Anibal Recinos Portillo, cumplió con realizar las correcciones indicadas en las observaciones, para dar por aprobado su examen de tesis y continuar con el trámite correspondiente.

Atentamente,



Dr. José Gustavo Girón Palles

Tutor

Guatemala, 28 de octubre de 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:


Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**El derecho de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la
jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
alcances en el derecho constitucional guatemalteco**

Esta tesis fue presentada por el Mtro. Otto Aníbal Recinos Portillo del Doctorado en Derecho Constitucional, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450

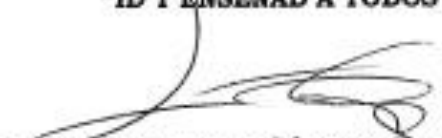


D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 29 de octubre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el MSc. Otto Anibal Recinos Portillo aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 106-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"EL DERECHO DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ALCANCES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO"**. Previamente a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



ACTO QUE DEDICO:

A mis nietecitos Sebastián Aron Leavy y Araan Oliver Leavy,

Hasta la enigmática y heroica Irlanda

Porque con ustedes hay continuidad y se renueva la esperanza en el futuro.

A la facultad de Derecho, USAC,

Por permitirme ascender un escalón más en el quehacer académico.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	1
1. LA PROPIEDAD PRIVADA Y COLECTIVA INDÍGENA.....	1
1.1 Cuestiones previas.....	1
1.2 Definición de propiedad privada	1
1.2.1 Definición legal de la propiedad privada en Guatemala	2
1.2.2 Definición doctrinal del derecho de propiedad.....	3
1.3 Características de la propiedad privada	8
1.3.1 La propiedad como derecho absoluto	8
1.3.2 La exclusividad como característica de la propiedad	12
1.3.3 La perpetuidad como característica de la propiedad	16
1.4 Función social de la propiedad.....	19
1.5 La propiedad en la época colonial.....	24
1.5.1 Tierras de dominio público (tierras realengas)	26
1.6 Cosmovisión de los pueblos indígenas	29
1.6.1 La cosmovisión indígena y la tierra	31
1.6.2 La costumbre indígena en Guatemala en relación con la tierra	39
1.6.3 La identidad cultural, tradiciones y forma de vida indígena en relación con la tierra	44
1.7 El multiculturalismo en la Constitución de Guatemala y las tierras comunales indígenas.....	48
1.8 Distinción entre tierra, territorio y hábitat indígena	51



1.9 El problema de la tierra indígena en Guatemala	58
1.10 Situación actual de las tierras comunales o colectivas en Guatemala	77
CAPÍTULO II	81
2. LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO.....	81
2.1 La propiedad colectiva de los pueblos indígenas en Instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos	81
2.2 Definición de pueblos indígenas.....	82
2.3 El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo	85
2.4 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	88
2.5 Aplicación del Convenio 169 por la Corte Interamericana.....	96
2.6 Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.....	98
2.7 Derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica	103
2.7.1 México	104
2.7.2 Colombia	114
2.7.3 Nicaragua	125
2.7.4 Paraguay	132
2.7.5 Panamá	141
2.7.7 Bolivia	163
CAPÍTULO III	173



3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	173
3.1 Cuestiones previas.....	173
3.2 Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	174
3.3 Qué es la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ..	176
3.4 Naturaleza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	178
3.5 Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	184
3.6 Los pueblos indígenas como sujetos de derechos humanos	186
3.7 Equiparación de derechos entre pueblos indígenas y pueblos tribales, en relación con la propiedad colectiva o comunal.....	189
3.8 Jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a la propiedad colectiva	195
3.8.1 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua... 195	
3.8.1.1 Características de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.....	197
3.8.1.2 Hechos de la demanda.....	197
3.8.1.3 Violación de derechos reclamados.....	198
3.8.1.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.....	198
3.8.1.4.1 El derecho de propiedad privada tradicional se amplía al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas.....	199
3.8.1.4.2 Los tratados internacionales son instrumentos vivos, cuya interpretación evolutiva protege la propiedad colectiva	200
3.8.1.4.3 La cosmovisión indígena determina la pertenencia al territorio, configurando una relación especial material y espiritual con la tierra.....	202



3.8.1.4.4 La posesión tradicional es un elemento que determina la propiedad colectiva del territorio indígena.....	205
3.8.1.4.5 Los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas deben ser efectivos, no basta con su reconocimiento formal.....	207
3.8.1.4.6 La falta de un recurso efectivo para hacer valer el derecho de propiedad colectiva, como parte de la protección judicial, viola plenamente el reconocimiento del derecho de propiedad.....	210
3.8.1.4.7 Las concesiones a terceros son ilegales si no está delimitada la propiedad colectiva o comunal.....	212
3.8.2 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.....	213
3.8.2.1 Características de la Comunidad Yakye Axa	214
3.8.2.2 Hechos de la demanda.....	214
3.8.2.3 Violación de derechos reclamados.....	215
3.8.2.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de la Comunidad Yakye Axa.....	215
3.8.2.4.1 El procedimiento de reivindicación de territorio o tierras ancestrales debe cumplir con el plazo razonable	216
3.8.2.4.2 El reconocimiento de la personería jurídica, no es requisito indispensable para el reclamo de tierras ancestrales.....	217
3.8.2.4.3 Las contradicciones reales o aparentes, entre la propiedad indígena y la propiedad privada particular, hacen viable la aplicación de restricciones a la propiedad particular.....	219
3.8.3 Caso Comunidad Indígena Sawhoyomaxa Vs. Paraguay	225
3.8.3.1 Características de la Comunidad Sawhoyomaxa	226
3.8.3.2 Violación de derechos reclamados.....	226
3.8.3.3 Hechos de la demanda.....	226
3.8.3.4 Criterios jurisprudenciales del caso de la Comunidad Sawhoyomaxa..	228
3.8.3.4.1 La falta de posesión de la tierra tradicional indígena, no es un elemento determinante para impedir la reivindicación, bajo ciertas circunstancias	228
3.8.3.4.2 Limitación temporal del derecho de recuperación de tierras tradicionales cuya posesión se ha perdido.....	230
3.8.4 Caso comunidad Moiwana Vs. Suriname	233



3.8.4.1 Características de la Comunidad Moiwana	233
3.8.4.2 Hechos de la demanda.....	233
3.8.4.3 Violación de derechos reclamados.....	234
3.8.4.4 Aspectos jurisprudenciales del caso Moiwana	234
3.8.4.4.1 La jurisprudencia relacionada con las comunidades indígenas, relativa al derecho comunal a la propiedad, debe aplicarse a los pueblos tribales que también tienen una relación especial con la tierra.....	234
3.8.5 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam	236
3.8.5.1 Características del Pueblo Saramaka	237
3.8.5.2 Hechos de la demanda.....	237
3.8.5.3 Violación de derechos reclamados.....	238
3.8.5.4 Aspectos jurisprudenciales del caso del Pueblo Saramaka	238
3.8.5.4.1 Elementos que conforman a los pueblos tribales, que los hace merecedores de la protección de la propiedad colectiva.....	238
3.8.5.4.2 La propiedad colectiva de la tierra o territorio, incluye los recursos naturales que la comunidad indígena o tribal han usado tradicionalmente, necesarios para su supervivencia, desarrollo y continuidad.....	241
3.8.5.4.3 Los recursos naturales de los territorios indígenas o tribales, están sujetos a restricciones, porque el derecho de propiedad no es absoluto	243
3.8.5.4.4 El Estado debe cumplir un estándar mínimo de garantías para aplicar restricciones a la propiedad indígena o tribal	246
3.8.5.4.5 Condiciones que debe cumplir el Estado para garantizar el derecho de participación (derecho de consulta) de los pueblos indígenas relacionado con temas de propiedad colectiva.....	248
3.8.6 Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, Vs. Panamá.....	253
3.8.6.1 Características de las Comunidades Kuna Madungandí y Emberá de Bayano	253
3.8.6.2 Hechos de la demanda.....	254
3.8.6.3 Violación de derechos reclamados.....	255



3.8.6.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de las comunidades Madungandí y Emberá de Bayano.....	255
3.8.6.4.1 Los casos de tierras alternativas, deben equipararse a los derechos que subsisten en los casos en que la recuperación de las tierras ancestrales todavía es posible	255
3.8.6.4.2 El otorgamiento por el Estado de títulos de propiedad privada, constituye una restricción al goce del derecho de propiedad colectiva o comunal, aun cuando no exista reconocimiento oficial de un título de propiedad	257
3.8.7 Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay	259
3.8.7.1 Características de la Comunidad Xákmok Kásek.....	259
3.8.7.2 Hechos de la demanda.....	260
3.8.7.3 Violación de derechos reclamados.....	261
3.8.7.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de la Comunidad Xákmok Kásek	261
3.8.7.4.1 La identidad cultural indígena está protegida por el artículo 21 de la Convención	261
3.9 Fundamentos que determinan la existencia y defensa de la propiedad colectiva de la tierra o territorios indígenas	264
3.9.1 Fundamentos que determinan la existencia del derecho de propiedad colectiva de la tierra indígena.....	264
3.9.1.1 La posesión tradicional o ancestral de la tierra colectiva o comunal indígena.....	264
3.9.1.2 La relación especial, material y espiritual de la comunidad indígena con la tierra, que configura una parte importante de su cosmovisión	265
3.9.2 Fundamentos para la defensa del derecho de propiedad colectiva o comunal indígena	266
3.9.2.1 El principio de reivindicación de la tierra colectiva o comunal indígena	267
3.9.2.1.1 Competencia <i>ratio temporis</i> de la Corte Interamericana en el caso de reivindicación de tierras comunales indígenas	267
3.9.3.1 El derecho de consulta de los pueblos o comunidades indígenas, como medio de defensa de la tierra o territorio.....	270



4... ALCANCES CONSTITUCIONALES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROPIEDAD COLECTIVA INDÍGENA EN GUATEMALA.....	273
4.1 Consideraciones previas	273
4.2 La propiedad colectiva indígena en la Constitución de Guatemala	273
4.3 Regulación de la propiedad privada en el artículo 39 de la Constitución	276
4.4 Compatibilidad de los principios o criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana sobre la propiedad colectiva o comunal indígena de la tierra, con la Constitución de Guatemala.....	289
4.4.1 La posesión tradicional o ancestral de la tierra colectiva o comunal indígena.....	289
4.4.2 La relación especial material y espiritual de la comunidad indígena con la tierra, que configura una parte importante de su cosmovisión	291
4.4.3 El derecho de reivindicación de la tierra colectiva o comunal indígena...	300
4.4.4 Las contradicciones reales o aparentes, entre la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada particular, hacen viable la aplicación de restricciones a la propiedad particular y colectiva	303
4.4.5 El derecho de consulta de los pueblos o comunidades indígenas	308
4.5 Comprobación de la hipótesis	310
4.5.1 Fundamentos que determinan la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra, establecidos por la Corte Interamericana	312
4.5.1.1 La posesión tradicional, como fundamento de la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra o territorio.....	312
4.5.1.2 La relación especial, material y espiritual que el pueblo o comunidad indígena tiene con la tierra, desde su cosmovisión	314
4.5.2 Principios o fundamentos para la defensa de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos o comunidades indígenas	316
4.5.2.1 El derecho de reivindicación de la tierra tradicional indígena	316



4.5.2.2 Derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena, cuando se tomen medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo, susceptibles de afectar sus territorios.....	319
4.6 La propiedad colectiva o comunal de la tierra o territorio indígena en la legislación de Guatemala	321
4.7 Medidas que debe adoptar el Estado de Guatemala para adecuar la legislación interna a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en materia de propiedad colectiva del territorio o tierra inddigena	331
4.7.1 La existencia de una entidad gubernamental competente para la demarcar, delimitar y titular la propiedad colectiva o comunal indígena.....	332
4.7.2 Procedimiento para la reivindicación de tierras comunales o de propiedad colectiva indígena.....	334
4.7.3 Regular el procedimiento de consulta a los pueblos indígenas.....	337
CONCLUSIONES.....	341
REFERENCIAS.....	343

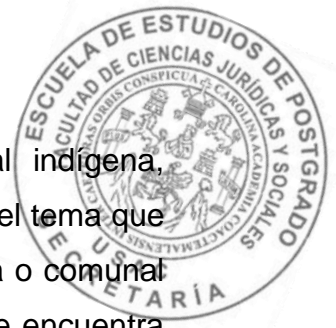


INTRODUCCIÓN

Guatemala es un país de profunda vocación agraria, con graves problemas de conflictividad social por la tierra. Los conflictos sociales en el área rural son múltiples y sus raíces son históricas.

Entre los conflictos sociales se encuentran los problemas que enfrentan las comunidades indígenas por la intromisión, usurpación y despojo de sus tierras y territorios. El proceso de privación de la tierra, como el elemento más importante para la vida del indígena guatemalteco, como parte de un colectivo social, de un pueblo o comunidad, que empezó con el proceso de conquista, no ha terminado en la actualidad. Los pueblos indígenas, propietarios originarios de sus territorios, luchan por mantener la propiedad colectiva de sus tierras y territorios, pero desde una perspectiva amplia de la propiedad, esta no se circunscribe únicamente a la tierra, sino que abarca otros elementos esenciales para el desarrollo y el mantenimiento de la forma de vida de los pueblos indígenas.

La Constitución de la República de Guatemala, promulgada en 1985, es el pacto social supremo que los guatemaltecos adoptaron para regir la vida social, después de una etapa oscura de férreas dictaduras militares que acentuaron la violación a los derechos humanos fundamentales. La Constitución reconoce el carácter multicultural, multilingüe y multiétnica de la sociedad guatemalteca. Entre los derechos fundamentales que reconoce la Constitución, está la propiedad colectiva o comunal de la tierra de los pueblos indígenas. El constitucionalismo tiene la característica de ser dinámico y debe dar solución, de una manera justa, a los problemas actuales, entre los que se encuentran los reclamos de propiedad colectiva de la tierra de los grupos étnicos de Guatemala. La Constitución como norma suprema, debe ser una constitución viva, que garantice y proteja adecuadamente los derechos de todos los guatemaltecos en general, sin discriminación alguna.



Precisamente el tema de la propiedad colectiva o comunal indígena, referido a la tierra o territorios de los grupos étnicos de Guatemala, es el tema que constituye la base de la presente investigación. La propiedad colectiva o comunal indígena, fundamentada en la pertenencia histórica de la tierra, que se encuentra protegida constitucionalmente, no ha alcanzado la certeza jurídica en favor de los pueblos o comunidades indígenas. La Constitución contiene las bases de la interculturalidad, que puede facilitar la convivencia pacífica entre los diferentes grupos étnicos de Guatemala, que indudablemente debe empezar por el respeto y certeza a la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas, a su estilo de vida, costumbres y forma especial de administración de sus territorios. Esta forma de propiedad y prácticas tradicionales, está indefectiblemente ligado a la sobrevivencia de las comunidades indígenas, como grupos étnicos que son únicos y culturalmente diferenciados.

La falta de certeza de la propiedad colectiva o comunal de la tierra y territorios indígenas en Guatemala, expresado en un pobre desarrollo de la legislación ordinaria en el derecho interno, contrasta con los avances alcanzados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la interpretación y aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho de propiedad privada, que de acuerdo con el alto tribunal internacional, comprende la protección de la propiedad colectiva indígena. Esta circunstancia motivó la pregunta toral de la investigación, si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, en la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es compatible con los alcances jurídicos del constitucionalismo guatemalteco.

El problema planteado conlleva determinar, ¿por qué razones son compatibles los fundamentos esenciales del derecho de propiedad colectiva de la tierra y territorios indígenas, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada de la aplicación del artículo 21 de



la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la regulación constitucional de la propiedad colectiva indígena, expresado en la protección de las tierras comunales indígenas y el reconocimiento de las costumbres, organización social y forma de vida de los pueblos indígenas, en la Constitución Política de la República de Guatemala? La respuesta tentativa o hipotética indica que, los fundamentos esenciales del derecho de propiedad colectiva de la tierra y territorios indígenas, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada de la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son compatibles con la regulación constitucional de la propiedad colectiva indígena, expresado en la protección de las tierras comunales indígenas y el reconocimiento de las costumbres, organización social y forma de vida de los pueblos indígenas, en la Constitución Política de la República de Guatemala, porque tienen expresión constitucional: 1. La posesión tradicional de la tierra, que fundamenta el derecho de propiedad colectiva indígena. 2. La relación especial, material y espiritual que las comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios desde su cosmovisión 3. El derecho de reivindicación de la propiedad colectiva indígena de la tierra cuya posesión se ha perdido, por causas ajenas a la voluntad de la comunidad. Y, 4. El derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena como medio de defensa de la tierra o territorio.

El problema y la hipótesis planteados fijan cuatro elementos importantes, que se erigen de antemano como pilares fundamentales del derecho de propiedad colectiva de la tierra de los pueblos o comunidades indígenas: El primero, la pertenencia histórica de la tierra, que se refleja en la ocupación o posesión ancestral de los territorios; y segundo, la relación especial, material y espiritual con la tierra, que conforma parte de la cosmovisión indígena. El tercero, el derecho de reivindicación de la tierra o territorio, cuando se ha perdido la posesión en contra de la voluntad del pueblo o comunidad indígena. Y por último, el derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena, como medio de defensa de la tierra o territorio. El análisis de la jurisprudencia generada producto de la interpretación



del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debía determinar los elementos y los aspectos de la cosmovisión de los grupos indígenas, que, aunados a la ocupación ancestral, son determinantes para fundamentar la propiedad colectiva de la tierra o territorios y producir efectos jurídicos. Esto para luego determinar si esos principios o fundamentos, tienen cabida y expresión constitucional en Guatemala, en lo referente al reconocimiento de la forma de vida, costumbres, tradiciones y cosmovisión de las comunidades indígenas y la protección especial de las tierras comunales que establece la Constitución.

Es importante destacar que la investigación no se agotó solamente en un enfoque jurídico, sino además cultural, en la medida que la cultura indígena, la vinculación de sus miembros a la tierra, la forma de vida y la cosmovisión en general, adquiere relevancia para delinear el derecho de propiedad colectiva del territorio.

La investigación fue estructurada en cuatro capítulos. El primero versa sobre la propiedad privada y colectiva indígena. El objeto fue hacer el contraste entre el derecho real de propiedad, desde sus orígenes y evolución, en el sistema jurídico occidental, protegido como derecho fundamental por el constitucionalismo desde sus orígenes, con las formas de propiedad en las culturas prehispánicas, en la época colonial y en la actualidad, para conocer específicamente la modalidad de propiedad colectiva o comunal, especialmente de la tierra o territorios. El contraste entre las dos formas de propiedad señaladas, permite conocer sus diferencias, características y fundamentos.

En el segundo capítulo, se desarrollan las disposiciones legales relacionadas con la propiedad colectiva indígena, en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comparado. Se aborda el problema de las comunidades indígenas en defensa de sus derechos, entre los que se encuentra la propiedad colectiva, lucha que se está librando desde hace siglos y que se



materializa en el siglo XX en el reconocimiento de esos derechos en declaraciones y convenios internacionales en materia de derechos humanos. El conocimiento de esta normativa es fundamental, para conocer las bases legales actuales del derecho de propiedad colectiva, especialmente de la tierra. El estudio de estos instrumentos permite conocer como la tierra, la posesión de esta y la vinculación especial que tienen con ella los pueblos indígenas, es un elemento constante en su cultura. Por otra parte, se verifica como la normativa internacional relacionada con los derechos de los pueblos indígenas, especialmente relacionado con la propiedad colectiva de la tierra, ha permeado en las legislaciones nacionales de algunos países latinoamericanos como México, Colombia, Panamá, Bolivia, Nicaragua, Venezuela y Paraguay, lo que permite conocer las características, modalidades y avances en la regulación de la propiedad colectiva indígena de la tierra en el derecho comparado.

El capítulo tercero aborda el tema de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y constituye la investigación de campo. Se analizan las sentencias más importantes emitidas por el alto tribunal internacional de derechos humanos, porque el verdadero alcance y contenido del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está expresado en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionadas con la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Este análisis es de vital importancia, porque se establecen los principios y fundamentos de la propiedad colectiva indígena de la tierra y territorios indígenas, en los casos concretos abordados, que permiten establecer la compatibilidad o incompatibilidad, entre la disposición constitucional de Guatemala sobre el derecho de propiedad privada del artículo 39 constitucional y el reconocimiento que hace de la propiedad colectiva indígena el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se determina desde la perspectiva legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, qué se entiende por propiedad colectiva de los pueblos indígenas, si el artículo 21 de la Convención Americana



protege esa clase de propiedad, las prácticas y costumbres indígenas, que pueden servir de base para establecerla, importancia de la propiedad colectiva de la tierra y territorios, como derecho específico de los pueblos indígenas y las obligaciones de los Estados, en relación con ese régimen especial de propiedad. Entre los principios y parámetros esenciales establecidos en la jurisprudencia analizada, está el elemento de la ocupación ancestral de la tierra o territorios, que se visibiliza por el signo externo de la posesión y la relación especial de carácter material y espiritual que tienen los pueblos y comunidades indígenas con la tierra, que permite reclamarla o reivindicarla, aún sin tener su posesión, siempre que se acredite la ocupación ancestral y que la relación espiritual con la tierra persiste.

En el capítulo IV y final, se analiza los alcances constitucionales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la propiedad colectiva indígena en Guatemala. El análisis es importante, porque permite establecer la comprobación de la hipótesis planteada como respuesta al problema de la presente investigación. Lo que conllevó establecer si la jurisprudencia generada en relación con el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la propiedad colectiva indígena del territorio o de la tierra, es compatible con la Constitución, principalmente en lo relacionado con la protección de las tierras indígenas comunales y el reconocimiento de la identidad cultural, costumbres, tradiciones y forma de vida de las comunidades indígenas.

Resultado del análisis y abstracción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se pudo establecer que existen dos categorías de fundamentos esenciales establecidos por la Corte, en relación con la propiedad colectiva de la tierra en su jurisprudencia. La clasificación se hizo tomando en cuenta la naturaleza y efectos jurídicos que produce cada una de esas categorías. La primera fundamenta la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra. La segunda, los fundamentos que sirven para la defensa de la propiedad colectiva indígena. Estas categorías son esenciales y determinantes para la propiedad

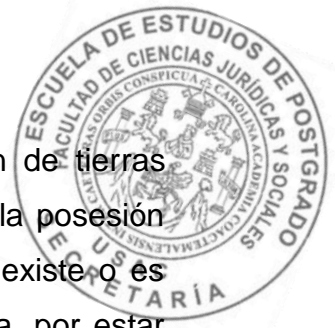


colectiva indígena, por lo que era necesario determinar si tienen compatibilidad con la Constitución de Guatemala.

Por otra parte, que los fundamentos esenciales de la propiedad colectiva o comunal indígena de la tierra, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como alcance del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consistente en la posesión tradicional y la relación especial de carácter material y espiritual que las comunidades indígenas tienen con sus tierras o territorios, basados en su cosmovisión, es compatible con la Constitución Política de la República de Guatemala, porque esos aspectos están comprendidos en el artículos 58 (derecho a la identidad cultural), artículo 66 (reconocimiento de la forma de vida, costumbres y tradiciones de los grupos indígenas) y el artículo 67 (ocupación ancestral de la tierra y derecho de posesión), lo que constituye las bases legales del derecho de propiedad colectiva o comunal indígena de la tierra y territorios indígenas en Guatemala.


Por otra parte, como se expresa, se cuenta con los principios o criterios jurisprudenciales fundamentales de la Corte Interamericana, que sirven de base para la defensa de la propiedad colectiva o comunal de la tierra o territorios indígenas. El primero, indica que las comunidades indígenas tienen el derecho de reivindicación de la tierra colectiva o comunal, por haber perdido la posesión tradicional por actos violentos o contrarios a su voluntad, salvo cuando se ha trasladado a terceros de buena fe. En tanto que el segundo principio de defensa del derecho de propiedad colectiva o comunal de la tierra, establece el derecho de consulta a los pueblos o comunidades indígenas, sobre medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo susceptibles de afectar directamente su territorio.

Se determinó que la hipótesis fue comprobada, en relación con los fundamentos que operan en defensa del derecho de propiedad colectiva de la



tierra indígena. En cuanto al principio fundamental de reivindicación de tierras tradicionales de las comunidades indígenas, cuando estas no tienen la posesión de las tierras tradicionales, pero cuya relación especial con la tierra existe o es posible, no contraviene la Constitución de la República de Guatemala, por estar comprendido ese derecho de reivindicación y defensa de la propiedad colectiva, en la protección genérica que proporciona al derecho de propiedad el artículo 39 y la protección especial a las tierras comunales que históricamente han pertenecido a las comunidades indígenas que garantiza el artículo 67. En caso necesario, en garantía del derecho de reivindicación, se aplica el artículo 40 constitucional, que establece el derecho de expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social e interés público.

Se pudo establecer que el principio fundamental de participación o consulta de las comunidades indígenas, en defensa de sus territorios, ante medidas legislativas, administrativas o planes de desarrollo, no contraviene el contenido constitucional que regula la propiedad comunal indígena. Porque el principio de participación democrático, de acuerdo con la Corte de Constitucionalidad, garantiza el derecho de consulta de los pueblos indígenas en Guatemala. Por otra parte, el artículo 67, contiene el mandato de protección de las tierras comunales indígenas que históricamente les pertenece a las comunidades y que han administrado en forma especial. El Estado de Guatemala no puede obviar o suprimir el derecho de administración que las comunidades indígenas tienen sobre sus tierras o territorios colectivos, por lo que tienen el derecho, por medio de sus órganos de decisión, de decidir sobre cualquier asunto que pueda afectar su territorio comunal, planes de desarrollo, economía y derecho de subsistencia. Es decir, que el mandato constitucional de protección de las tierras indígenas comunales no puede estar desligado del derecho de decisión de las comunidades en asuntos relacionados con la tierra comunal, de acuerdo a sus procedimientos especiales de administración, establecidos conforme a sus costumbres, tradiciones y forma de vida.



El derecho constitucional guatemalteco, debe superar la tradición de interpretación literal y positivista de la Constitución. Se debe fortalecer a la Constitución, al visualizarla como un sistema de valores y principios, que en su dinamismo se adapta a las nuevas realidades, para otorgar una protección efectiva de la persona humana, en sus derechos individuales y colectivos, con el reconocimiento de nuevos derechos, que pasan a formar parte de la Constitución, por la vía del artículo 44 constitucional. Es cierto que el artículo 46, permite aplicar directamente los convenios internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia internacional generada en esa materia, que conforman el bloque de constitucionalidad. Pero la Constitución, como sistema de valores y principios sistémicos, permite que, como instrumento vivo, surjan esos derechos en su propia normativa, para ser una Constitución realmente dinámica y eficaz. Por esa razón es importante considerar que el artículo 39 de la Constitución, interrelacionado con otros valores y principios del texto constitucional, contiene el derecho de propiedad colectiva indígena y que los derechos reconocidos de las comunidades indígenas en los artículos 58, 66 y 67 de la Constitución, compatibilizan con los fundamentos especiales de la propiedad colectiva de la tierra y territorios indígenas, en los términos delineados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para determinar la existencia de la propiedad colectiva y como parte de los mecanismos para la defensa de la integridad de los territorios o tierras comunales indígenas.



CAPÍTULO I

1. La propiedad privada y colectiva indígena

1.1 Cuestiones previas

El presente capítulo pretende facilitar el conocimiento del derecho real de propiedad, como institución jurídica, desde sus orígenes y evolución, en el sistema jurídico occidental, como uno de los derechos fundamentales del ser humano, reivindicado por el constitucionalismo desde sus orígenes. Pero también busca proporcionar nociones de la propiedad en las culturas prehispánicas en América, que permitirán comprender las formas de tenencia de la tierra, el principal medio de producción en las comunidades indígenas en general y mayas en particular en esa época. Para finalmente conocer la propiedad colectiva de los pueblos indígenas de Guatemala en la actualidad.

El contraste de las formas de propiedad entre la cultura occidental y la indígena, desde el punto de vista doctrinario y legal, permitirá la comprensión de la propiedad colectiva indígena, tanto en la época prehispánica, como las modalidades que adquirió durante la época colonial hasta el presente. Esto es de suma importancia, porque los antecedentes de la propiedad colectiva indígena, permitirán la comprensión de los conflictos que existen en la actualidad. La base de la solución de los conflictos debe buscarse en la Constitución Política de la República de Guatemala (En adelante la Constitución) y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

1.2 Definición de propiedad privada

La definición del derecho de propiedad, para su comprensión, debe enfocarse desde la doctrina y las leyes. Pero principalmente desde el derecho constitucional, que sienta los fundamentos de la propiedad, considerada desde los orígenes del constitucionalismo como un derecho fundamental.



1.2.1 Definición legal de la propiedad privada en Guatemala

El artículo 464 del Código Civil, Decreto 106 del Congreso de la República, define legalmente la propiedad privada, como el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes. En este primer acercamiento con las disposiciones legales relacionadas con el derecho de propiedad privada, puede apreciarse que tiene límites, por lo que la propiedad privada no es un derecho absoluto y todo propietario está sujeto a obligaciones que la ley le impone. Esto se evidencia en lo establecido en el artículo 465 del cuerpo legal citado, que bajo el acápite “Abuso de derecho”, contiene una prohibición expresa para el titular de la propiedad de causar perjuicios a otras personas, en los trabajos de explotación que realice, con la obligación de abstenerse de todo exceso lesivo a la propiedad de los vecinos.

La regulación legal de la propiedad privada, empero, no se limita a nivel de las leyes ordinarias. Desde siempre ha figurado en las declaraciones de derechos humanos y en la parte dogmática de los textos constitucionales de todo el mundo, como un derecho humano fundamental. Es así como la Constitución de Guatemala, señala en el artículo 39, relativo a los derechos humanos individuales, el derecho de propiedad privada. Con el título de “propiedad privada”, señala que se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Ese derecho implica, según el texto constitucional, que toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. La libre disposición de los bienes por parte del titular de la propiedad está garantizada por el Estado, que deberá crear las condiciones que faciliten su uso y disfrute, para alcanzar el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

Los términos en que está redactado el artículo 39 constitucional, obliga a realizar *ab initio* la importante interrogante, si la disposición constitucional eleva a nivel de derecho humano fundamental solamente la propiedad privada individual o la Constitución regula y protege otras modalidades de propiedad, como la



colectiva o comunal que existe en las comunidades indígenas. No obstante, por razones metodológicas, por ser la respuesta a la pregunta, una parte esencial de la presente investigación, el tema será desarrollado *ut infra*. Por de pronto se hace énfasis en que la propiedad privada, según el pacto social constitucional que rige a los guatemaltecos en un derecho inherente a la dignidad humana.

1.2.2 Definición doctrinal del derecho de propiedad

Es indudable que, para el derecho en la cultura occidental, de tradición greco romana germánica, la concepción de la propiedad es muy distinta de la desarrollada por las culturas precolombinas en América. El tratadista Puig Peña, acorde con esa tradición occidentalizada que implantaron los conquistadores españoles en el Nuevo Mundo, señala que se sacraliza de tal manera la propiedad, que es elevada a la condición de piedra angular de todo el desarrollo jurídico de este mundo, que sirve de medio para la satisfacción de las exigencias humanas.¹ La propiedad bajo esta concepción viene a ser el poder que la ley otorga al hombre para dominar a la propia naturaleza, rebajando el mundo objetivo a la calidad de cosa u objeto digno de ser apropiado por el ser humano. Esta concepción claramente se refleja en lo expuesto por Puig Peña, cuando aborda el tema de las corrientes que distinguen entre propiedad y dominio, al manifestar que la voz propiedad es más extensa que la de dominio, pues la propiedad sirve para designar toda relación del hombre con la Naturaleza y todo poder sobre ella, mientras que el dominio es aplicable únicamente para designar el poder pleno, indiviso e ilimitado que la persona tiene sobre una cosa del mundo exterior.² Esta concepción, que, sin duda, las comunidades indígenas – de América y de todo el planeta – bien pueden tomar como arrogante, pone al hombre como fin y centro de la existencia, con la naturaleza al servicio del hombre, y no al ser humano como un elemento más de la naturaleza, a la cual se debe respeto y veneración.

¹ Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo II, Derechos Reales, 3ª. ed., Ediciones Pirámide, S. A., España, 1976. p. 43

² Ibid. p. 44



La propiedad colectiva de los pueblos indígenas, se origina de esa relación de respeto hacia todo lo que viene de la naturaleza, la tierra y sus frutos, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante. El gran reto del derecho constitucional del presente es la de dar cabida a esa concepción de las comunidades indígenas, pues su concepción de la propiedad se origina del vínculo espiritual que tienen con la tierra.

La concepción de la propiedad como un derecho absoluto, también se refleja en Roberto Ruggiero, cuando expresa que “La propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa, en principio, lo faculta para apropiarse en forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar”.³ En esta concepción de propiedad privada, el propietario no toma lo que necesita, como sucedería donde la explotación de la tierra se basa en un criterio racional, sino que toma, todo lo que el bien es capaz de producir. El propietario bajo la concepción occidental, ejerce un señorío real y absoluto sobre el objeto en el que recae el derecho de propiedad, como un derecho que puede anteponer a todas las demás personas del conglomerado social.

El poder pleno e ilimitado que el propietario ejerce sobre un bien determinado – y más trascendente aun cuando ese bien es la tierra, uno de los medios de producción más importante – lleva a Blackstone a afirmar, citado por Mayer-Serra, que el derecho de propiedad es el dominio único y despótico que el propietario tiene sobre las cosas exteriores del mundo, derecho que se antepone con exclusión total del derecho de cualquier otro individuo en el universo.⁴ La idea del poder absoluto del propietario en el ejercicio del dominio, lleva a muchos a pretender que el Estado se ocupe únicamente de garantizar la propiedad, para

³ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Volumen I, Editorial Reus, Madrid, España, 1929. p. 525

⁴ Mayer-Serra, Carlos Elizondo. *Derecho de propiedad*. En *Léxico de la política*, Laura Baca Olamendi y otros, (Comps.), Editorial Fondo de Cultura Económica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 2000. p. 162



que el titular no sea perturbado en su ejercicio, pero niegan que tenga otras facultades que disminuyan las facultades omnímodas del dominio.

El Estado es el instrumento, que en la concepción del liberalismo debe ocuparse de un único papel: la defensa de la propiedad. Sus ideólogos equiparan a la propiedad, a los derechos fundamentales de la vida y la libertad. Esta es la triada de derechos que en su opinión debe defender el Estado, para en todo lo demás dejar hacer, dejar pasar. Señala García Menéndez, que esta visión del Estado liberal burgués, impedía la emancipación global de la sociedad, objetivo proclamado de las revoluciones del siglo XVIII y XIX, para arribar únicamente a una concepción negativa del Estado, apoyado en sus bases culturales, es decir, en la:

Doctrina de la propiedad privada (Locke), de las intervenciones mínimas del Estado en la esfera económica (Smith) y del derecho público procesual (Kant); esta corriente de pensamiento concibe al Estado como un ente cuyo principal fin es encarnar la voluntad general en la definición de las reglas que garantizan la seguridad de los propietarios y marcan la libre competencia entre los individuos; unas reglas, en fin, que no se transforman en una normativa finalista.⁵

Pese a la irrupción desde hace un siglo de los derechos sociales en los textos constitucionales, la idea de que el Estado debe únicamente ocuparse de garantizar la propiedad en la acepción amplia que se ha mencionado, continúa propagándose en su versión neoliberal.

El poder de los propietarios en las sociedades burguesas decimonónicas, era tan apabullante y absoluto, que el ejercicio de los derechos cívicos, como el voto, dependía en muchos casos de la condición de propietario. El llamado voto

⁵ García Menéndez, José Ramón. *Derrumbe del liberalismo clásico y la encrucijada neoliberal*. En En la encrucijada del neoliberalismo. Retos, opciones, respuestas. J. R. García Menéndez (Comp.), IEPALA Editorial, Madrid, España, 2000. p. 47



censitario, que favorecía a los que reunían ciertas calidades, como ser propietario, existió hasta bien entrado el siglo XX. Silva Bascuñán, nos dice al respecto:

Se entiende por sufragio restringido o censitario – aquel cuyo reconocimiento se vincula a la calidad de dueño de una propiedad, usufructuario de cierta renta o tributario de determinada contribución. Existió, por ejemplo, en Francia de 1814 a 1848 y en Inglaterra desapareció sucesivamente por etapas que culminaron en 1918. En España, con una interrupción de 1868-1877, se mantuvo hasta 1890.

Las clases marginales, como los obreros, no tenían el derecho de participar en la elección de autoridades y en la toma de decisiones importantes. Para existir en la vida cívica, había que ser propietario.⁶ El camino del sufragio universal fue lento y tortuoso, lucha que significó el despojo de derechos que antes se consideraban inherentes al derecho de propiedad.

En Guatemala también existió el sufragio censitario, fundamentado en el derecho de propiedad. Desde el movimiento de independencia se evidenció, que eran los comerciantes y propietarios, quienes anhelaban la libertad política, quienes se concebían como los únicos merecedores de la patria que nacía a la vida política. Las palabras de José Cecilio del Valle, citado por Rodríguez Beteta, sorprenden por el desprecio que reflejan hacia las clases desposeídas de Centro América: “Los derechos más sagrados en manos de un miserable que no puede sostenerlos, son títulos de que no puede gozar. Solo el propietario sabe conservarlos, porque solo él puede hacerlos respetar”.⁷ La propiedad era fuente de privilegios y derechos, lo que implicaba en la práctica, su defensa a ultranza. Es así como señala Sonia Mejías en relación con el derecho al sufragio en Guatemala, que hasta “1871 la restricción más característica se basó en la propiedad y la solidez moral, mientras que a partir de la influencia del positivismo

⁶ Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo II, 2ª. edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997. p. 26

⁷ Rodríguez Beteta, Virgilio. *Ideologías de la Independencia*. 3ª. edición, Editorial Universitaria Centroamericana, Costa Rica, 1971. p. 187



se fundamentó en el sufragio capacitario”.⁸ Los indígenas, muchos de los cuales tenían propiedades colectivas de tierras, no gozaban del derecho al voto, porque el sufragio capacitario se los impedía, ya que en su inmensa mayoría eran analfabetos. De manera que era la propiedad privada individual, la que daba carta de ciudadanía a sus titulares, y no la condición de propietarios en general. Los indígenas eran propietarios, pero colectivos, porque el sistema colonial conservó para ellos ese régimen especial de propiedad que era el prevaleciente en la época precolombina.

La concepción clásica de la propiedad, propia del liberalismo individualista, no obstante, debió ceder ante los límites que se fueron estableciendo, los que resultan lógicos y necesarios para que pueda existir el derecho de propiedad. Los límites de la propiedad, son marcados por razones públicas y privadas, las que se expresan claramente en la definición de Scialoja, citado por Puig Peña, cuando define la propiedad como “un derecho de relación privado, en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, está completamente sujeta a la voluntad de esta, en todo lo que no resulte prohibido por el derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno”.⁹ Los propietarios no pueden atentar contra el derecho público, el derecho que sustenta al poder soberano que garantiza el derecho de propiedad privada. Por otra parte, todos los propietarios necesitan la certeza que su derecho será respetado, por lo que los propietarios se limitan mutua y necesariamente en el ejercicio de su derecho de propiedad. Pero, como tendremos la oportunidad de verificar, la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, no siempre ha sido respetada, porque los propietarios individuales, han buscado y encontrado mecanismos para despojarles de sus tierras, sin que el Estado en estos casos sea efectivo en la protección del derecho de propiedad colectiva. Esta es una verdad que se hizo evidente, no solamente en Guatemala, sino en toda Latinoamérica.

⁸ Mejías, Sonia Alda. *La ciudadanía y el voto. Estudio comparativo en Centroamérica 1824-1930*. En Consolidación Republicana en América Latina. Rosario Sevilla Soler (Comp.), Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, España, 1999. p. 23

⁹ Puig Peña, Federico. Op. cit. P. 46



1.3 Características de la propiedad privada

La doctrina civilista, en lo concerniente al derecho real de la propiedad, desde la época de la codificación le ha asignado tres caracteres, los cuales son abanderados por la ideología política y económica liberal para su defensa. La propiedad es entonces un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Es menester profundizar en cada uno de sus caracteres.

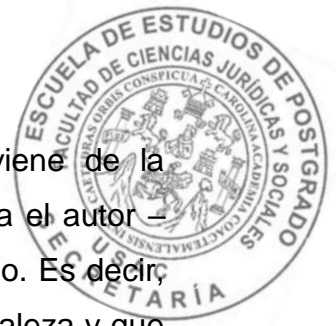
1.3.1 La propiedad como derecho absoluto

La absolutividad del derecho de dominio, para Puig Peña, con fundamento en los principios del derecho romano, viene a ser la facultad omnímoda del propietario de hacer o no hacer en sus cosas aquello que creyera conveniente: lo que equivale a indicar que esa potestad sobre las cosas es ilimitada, soberana, arbitraria y hasta despótica.¹⁰ Si bien la idea que la propiedad tiene un carácter absoluto, fue heredada desde la antigua Roma y Grecia, no fue la única forma de propiedad existente en aquellas épocas y ya existían voces que rebatían el carácter absoluto del dominio. En efecto, Carpintero, señala como los juristas romanos y medievales habían considerado que la propiedad privada había sido introducida por el derecho de gentes, por consideraciones de utilidad social, no por considerarla un derecho natural de cada ser humano¹¹, no obstante que desde la antigüedad muchas voces se alzaron para rebatir el carácter absoluto de la propiedad, esta idea fue retomada en la Ilustración por el liberalismo económico.

Es comprensible el surgimiento de estas ideas, en relación con la propiedad, porque los movimientos revolucionarios, en Inglaterra, Francia y en la propia Estados Unidos, se promovían como reivindicaciones ante el Antiguo Régimen, para refutar el carácter absoluto de los derechos que el soberano se atribuía sobre bienes y súbditos. Por ello, Ramos Gorostiza indica que, la primera

¹⁰ Ibid. P. 48

¹¹ Carpintero, Francisco. *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Ediciones Encuentro, Madrid, España, 2008. p. 186



gran escuela de pensamiento económico, la escuela clásica, proviene de la tradición británica de la ley natural. La tradición iusnaturalista – afirma el autor – veía el derecho de propiedad privada como un derecho natural sagrado. Es decir, como un derecho innato, inalienable, concedido al hombre por la naturaleza y que por lo mismo no se le veía como una innovación, sino como el restablecimiento de un derecho eterno.¹² Solamente con un fundamento natural y sagrado, se podía con éxito disputar al soberano la propiedad y los frutos del trabajo de los hombres.

El que más contribuyó a consolidar los fundamentos teóricos y filosóficos de la propiedad como un derecho natural fue John Locke, como lo demuestra esta cita textual que hace Ramos Gorostiza:

Cada hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie fuera de él mismo, tiene derecho alguno sobre ella. Podemos también afirmar que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca una cosa del estado en que la Naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo, y, por ello, la ha convertido en propiedad suya.¹³

Para aquella época, sin duda, los argumentos de Locke en favor de la propiedad privada como un derecho natural parecieron infalibles. Eran las ideas precisas y adecuadas que necesitaba la naciente burguesía, para desarrollarse y crecer, sin interferencias, con la certeza que sus propiedades estarían seguras.

La burguesía fue aumentando su riqueza y poder, pero la realidad de las cosas se encargó de proporcionar los fundamentos de la refutación de la absolutividad de la propiedad privada. Porque si la propiedad era producto del esfuerzo del trabajo del hombre como lo afirmaba Locke, porque los obreros, los que verdaderamente se encargaban de modificar los productos que la naturaleza

¹² Ramos Gorostiza, José Luis. *Línea 300. Economía, Marco Institucional y medio ambiente. La economía de los recursos institucionales desde el marco institucional*. Editorial Complutense, Madrid, España, 2000. p. 46

¹³ Loc. cit.



daba en estado natural, con su esfuerzo y trabajo constante, solamente recibían lo suficiente para sobrevivir, y no todo el producto de su trabajo. Ramos Gorostiza, apunta que dos fueron los cuestionamientos que se erigieron en contra de los argumentos naturalistas de la propiedad privada. Primero, indica, estaba la idea de la propia tradición iusnaturalista de que la tierra y los recursos naturales habían sido entregados a toda la humanidad en común. Segundo, estaban los argumentos de los socialistas, quienes tomando como base las ideas de Locke, refutaban el hecho de que gran parte del producto del trabajo era entregado a no trabajadores bajo la forma de beneficios y rentas, a pesar del derecho natural de cada trabajador al producto de su propio trabajo.¹⁴ La propiedad privada individual era cuestionada seriamente en sus fundamentos.

La verdad es que ni aun en el derecho romano, la propiedad tuvo realmente un carácter absoluto, porque la absolutividad como característica del dominio, no debía entenderse como carencia de límites, sino como la adscripción del bien a un titular, lo que les brindaba protección frente a todos los demás particulares y contra el propio Estado, fuera de los casos en que podía tener injerencia en la propiedad. Esto está expresado claramente por Ocallaghan Muñoz, cuando señala que la propiedad significa un poder pleno sobre la cosa o sobre el bien, pero que esto no implica que el titular tuviera un derecho ilimitado sobre el bien, sino que era todo lo contrario, ya que existían límites, sobre todo en el caso específico de la tierra, porque debía cumplir una función social del derecho público, en beneficio de la comunidad y del derecho privado, en beneficio de los propietarios colindantes.¹⁵ De manera que la característica de absoluto de la propiedad, debe entenderse como la facultad plena del titular fuera de las restricciones establecidas. Los límites del dominio, como lo señala Ocallaghan Muñoz, debían ser muy escasos, exigencia del derecho liberal romano, que buscaba que no se sufriera más limitaciones que las precisas e indispensables¹⁶, pero se debe comprender que las

¹⁴ Loc. cit.

¹⁵ Ocallaghan Muñoz, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Derechos Reales e Hipotecarios. 2ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2017. p. 51

¹⁶ Loc. cit.



limitaciones, cuando surgía la necesidad, eran reales y efectivas, como parámetro para comprender la verdadera naturaleza de la propiedad en el derecho romano.

En la era moderna, puede afirmarse que no es sostenible el carácter absoluto de la propiedad, por mucho que la corriente neoliberal traiga a colación estas ideas. La absolutividad de la propiedad privada – afirma Puig Peña -- no es sostenible ni desde el punto de vista ético ni desde el social ni desde el económico, porque no se puede desarrollar sobre las cosas propias una conducta abusiva.¹⁷ Agrega el citado autor que el propietario ha perdido su antigua soberanía absoluta sobre el objeto de su propiedad, porque el dominio del que goza es un derecho limitado intrínsecamente por su propia naturaleza y por esa propia condición que tiene en la vida actual.¹⁸ De manera que si bien el propietario de un bien, como lo puede ser la tierra, tiene todo el derecho en el sistema jurídico actual de percibir el producto económico como consecuencia de su derecho de dominio, a cederla, donarla, limitarla al uso de los demás miembros de la sociedad; ese bien por estar destinado a una finalidad superior a los derechos del propietario, en cualquier momento su derecho de dominio pueden ceder en beneficio de una utilidad general o común.

La desacralización de la propiedad privada, la recuerda Luis Barbé mediante la invocación de las ideas de Stuard Mill, para quien la propiedad privada tiene un origen humano no divino, quien aboga por impuestos redistributivos de la riqueza, por regímenes de trabajo cooperativo, la supresión de las herencias, además de condenar la concentración de bienes de producción en manos de los capitalistas, pues esa concentración no es un estado permanente de las relaciones sociales.¹⁹ Se agrega a la propiedad privada el componente social. Ideas que fueron evolucionando y que, en la actualidad, en los textos

¹⁷ Puig Peña, Federico. Op. cit. p. 48

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ Barbé, Lluís. *Curso de introducción a la economía*. Editorial Labor, Barcelona, España, 1993. p. 59



constitucionales tiene cabida de una manera sustantiva y dinámica, las limitaciones de la propiedad por motivos de utilidad general o en función social.

1.3.2 La exclusividad como característica de la propiedad

La exclusividad es otra de las características que desde la antigüedad se atribuyen al derecho de propiedad. Para Ocallaghan Muñoz, constituye la posibilidad de excluir a cualquier persona de toda relación con la cosa. Lo que considera es un carácter común a todos los derechos reales, pero que en el caso de la propiedad, comprende la generalidad de las facultades, por lo que no deja lugar a intervenir a persona alguna y, por lo tanto, permite excluir a todas.²⁰ En el ejercicio del dominio, el titular del bien, ejerce de manera personal, sin ser perturbado en su ejercicio por alguna otra persona, todas las facultades que se derivan de su calidad de propietario. El propietario no necesita contar con el aval o el auxilio de ningún tercero, para ejercer las facultades inherentes a la titularidad como propietario. Pero en caso de ser perturbado en el ejercicio de las facultades que se derivan del dominio, si puede acudir al Estado, para ser amparado, auxiliado o reivindicado como propietario.

Para ahondar en la exclusividad como característica de la propiedad, recurrimos a Aguilar Gorrondona, quien hace una relación de las facultades exclusivas del propietario en el ejercicio del dominio; indica que puede impedir a los terceros que concurran al uso, goce y disposición de la cosa. Derivado de lo cual, la ley le faculta para la reivindicación de la cosa, para obligar al vecino al deslinde y, de acuerdo con las leyes, ordenanzas, usos del lugar y la clase de propiedad, construir a expensas comunes las obras que separan las propiedades contiguas, dejando a salvo los derechos de servidumbre que puedan pertenecer a terceros.²¹ Si la exclusividad conlleva la abstención o inacción de los terceros, en determinadas circunstancias están obligados a realizar determinadas acciones. De

²⁰ Ocallaghan Muñoz, Xavier. Op. cit. p. 49

²¹ Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil II. Cosas, bienes y Derechos Reales*. 8ª. edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2008. p. 224



manera que, si la exclusividad permite en términos generales la exclusión de terceros para ejercer los derechos propios del dominio, en otras circunstancias, faculta al titular para obligar a otros a realizar determinadas obras, siempre que vayan encaminadas a no perturbar al titular en el ejercicio de las facultades de propietario.

De Julios Campusanos, hace una reflexión en relación con los postulados de Locke, quien fundamenta el derecho de exclusión como parte inmanente del derecho de propiedad, con el objeto de realizar un análisis de las aporías del sistema liberal en esta materia y aboga por la necesidad de renovar el concepto de propiedad para superar su carácter exclusivo y excluyente, con la finalidad de hacerlo extensivo a todos y cada uno de las personas, de manera que se compatibilice el concepto de propiedad liberal con el libre desarrollo de la potencialidad humana que, a juicio de C.B. MacPherson, cuya tesis recoge el autor, son incompatibles.²²

Pero De Julios Campusanos, trae a colación a Ryan, quien interpreta que para Locke, la pérdida de la propiedad no implica la pérdida de todos sus derechos, para ser tratado despóticamente, sino que considera que la interpretación correcta de su doctrina, debe ser que un hombre solo puede perder todos sus bienes, cuando ha perdido todos sus derechos.²³ Esta interpretación de la propiedad en sentido amplio, incluye como parte de los derechos de propiedad, ciertos derechos inalienables e irrenunciables del ser humano, como la vida, la libertad, la salud y desde luego la facultad de poseer propiedades. El enfoque en este sentido amplio de los derechos de propiedad, si admite una exclusión de las demás personas, quienes no pueden perturbar o impedir esos derechos que son inmanentes a la dignidad. Pero esa exclusión se da siempre dentro de una relatividad, porque hay derechos como la vida y la salud, que no admiten restricciones; pero sí la admiten otros como la libertad (pensemos en la limitación

²² De Julios Campusanos, Alfonso. *Dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1997. p. 68

²³ Loc. cit.



de la libertad de locomoción por condena de un delito o por un estado de excepción) y la misma propiedad de bienes muebles o inmuebles, está sujeta a satisfacer necesidades de interés público o colectivo en determinadas circunstancias.

Para finalizar estas ideas, Julios Campusanos manifiesta que el verdadero objetivo de Locke no es la de fundar una apropiación capitalista sin restricciones, sino mostrar que la propiedad es emanación de la libertad del individuo y que el respeto a la propiedad es garantía del respeto a la libertad. Pero debe entenderse que esa propiedad es una extensión de la personalidad manifestada en el trabajo y en consecuencia, la apropiación solo podrá producirse siempre que no limite las libertades de los demás. Señala que esta es la condición de apropiabilidad lockeana que especifica que, para que la apropiación de un bien pueda producirse es necesario que quede bastante y de la misma calidad para los demás.²⁴ Esta condición de apropiabilidad introduce un criterio de razonabilidad en la apropiación de bienes. Cierto es que este es difícil que se produzca en una situación de plena libertad, según la moral burguesa, pero sí existe en otras culturas, como las comunidades indígenas que mantienen la integridad de su cultura, las que actúan moderada y racionalmente en la apropiación de bienes.

Se cuenta con otro autor, Díaz Müller, que hace una reflexión interesante en cuanto a la exclusividad. Se pregunta si esta característica deja de existir en la propiedad en condominio. Expresa Díaz Müller, que el dominio y el condominio, constituirían un mismo y único derecho, con la única salvedad que en el primer caso, el titular es una persona y en el segundo dos o más personas, lo cual no es obstáculo para que se conserve la exclusividad en cuestión, ya que el derecho continúa siendo uno y lo que cambia son los titulares del bien.²⁵ Es importante extender la reflexión a la propiedad colectiva propia de los pueblos indígenas. Que el dominio pertenezca a varias personas, o a una comunidad, como en el caso de

²⁴ Ibid. p. 70

²⁵ Díaz Müller, Luis. *La propiedad en la ley de reforma agraria*. Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972. p. 25

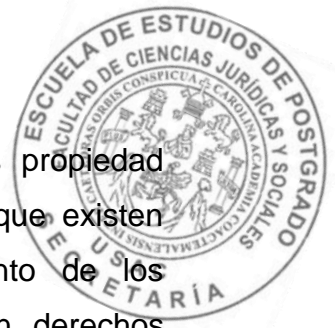


la propiedad colectiva, no significa que la exclusividad deje de existir o cambie en su naturaleza, porque de igual manera se excluye a otra persona o a otra comunidad de la facultad de ejercer los derechos propios del dominio en forma exclusiva. De manera que en el derecho occidental también algunos fundamentos pueden servir de base a la propiedad colectiva indígena. Las diferencias se dan a lo interno, como tendremos oportunidad de comprobar, en cuanto a la explotación y apropiación en este tipo de propiedad, cuya dinámica es distinta de la practicada, según la mentalidad occidental.

Expresa Campbell, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante la Corte o la Corte Interamericana), basada en el principio de interpretación evolutiva, ha manifestado que el derecho de propiedad no solo protege la noción occidental clásica de propiedad, centrada en el derecho individual, la exclusividad y la expropiación, sino que comprende además los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.²⁶ Para la Corte Interamericana, según criterio asentado en el caso Mayagna (Awas) Tingni, se definen por los derechos consuetudinarios y los patrones de utilización y ocupación de la tierra de un grupo indígena en particular. Por último agrega Campbell, que la Corte no se pronuncia sobre el contenido preciso de este derecho a la propiedad, más allá de afirmar que se deriva de la tenencia de la tierra del grupo indígena.²⁷ En otras palabras, la propiedad colectiva conserva inalterable la característica de la exclusividad, según la construcción jurídica del término de acuerdo con el derecho occidental, porque el grupo propietario, la comunidad, ejerce el dominio con exclusividad a cualquier otro grupo indígena. Pero estos propietarios colectivos, tienen de acuerdo con las prácticas consuetudinarias, su propia dinámica de explotación y disfrute de los productos que la propiedad de la tierra produce.

²⁶ Campbell, Maia Sophia. *Contribución del sistema interamericano en la definición e interpretación de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. En *Los derechos indígenas tras la Declaración. Los desafíos de su implantación*. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (Comps.), Universidad de Deusto Bilbao, España, 2013.

²⁷ Loc. cit.



Para conocer la dinámica del uso y funcionamiento de las propiedades colectivas indígenas, recurrimos a Roldán Ortega, que manifiesta que existen normas que definen y desarrollan la naturaleza y funcionamiento de los resguardos, territorios indígenas en Colombia, los que constituyen derechos colectivos por la clase de dominio que la comunidad ejerce como titular de estos, pero que, en lo relativo al uso y aprovechamiento, que pueden ejercer los individuos, la familia o el clan, de acuerdo con la tradición o la voluntad del conjunto de los miembros, no necesariamente funciona como un derecho colectivo.²⁸ Esto significa que con la propiedad colectiva coexisten formas de explotación individual o familiar, parecido al aprovechamiento que se deriva de la propiedad individual, dentro de un bien inmueble cuyo ejercicio del dominio pertenece con exclusividad a la comunidad, como sujeto colectivo.

1.3.3 La perpetuidad como característica de la propiedad

Explica Müller, cómo debe entenderse a su criterio la perpetuidad de la propiedad. Para el efecto expone dos criterios. De acuerdo con el primero, indica que la propiedad es perpetua, porque el derecho considerado en abstracto, al margen de su ejercicio, no puede estar sujeto a duración alguna, por lo que tiene la peculiaridad de ser indefinido. Agrega el autor que la propiedad es un derecho que no muere con el titular del dominio, porque este se transmite a sus herederos.²⁹ Se debe entender, que si el dominio se transmite por cualquier otro título, por ejemplo, la compraventa, el comprador está adquiriendo un derecho de propiedad ya existente, no un nuevo derecho de propiedad, por lo que hay una continuación del derecho de propiedad en el tiempo. Aplicado a la propiedad colectiva, cuya titularidad es una colectividad, una generación hereda la propiedad a la siguiente, lo que denominamos derechos ancestrales. Este es otro ejemplo de aplicación de fundamentos del derecho occidental al derecho de propiedad colectiva indígena.

²⁸ Roldán Ortega, Roque. *Manual para la formación de Derechos Indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*. 2ª. edición, Ediciones Abya Yala, Quito, Ecuador, 2005. p. 123

²⁹ Müller. Op. cit. p. 27



El otro criterio expuesto por Müller es el que denomina tradicional y lo enuncia expresando que el derecho de propiedad, a diferencia de otros derechos reales, no se extingue pura y simplemente, al menos que la cosa objeto de la propiedad desaparezca.³⁰ La perpetuidad está determinada por la existencia del bien. Esto lleva al necesario razonamiento, que la perpetuidad de la tierra no se extingue, a excepción de casos muy raros de transformación de la tierra por erosión u otros fenómenos, pero que difícilmente implican una pérdida total, por lo que la perpetuidad se mantiene.

La perpetuidad debe entenderse como el ejercicio ilimitado en el tiempo del derecho de propiedad, pero sin perder de vista que la ley establece causales de pérdida o despojo de esa propiedad. Esto es lo que expresa Ocallaghan Muñoz, cuando manifiesta que el derecho de propiedad está llamado a durar ilimitadamente en manos de los sucesivos titulares, sin perjuicio de las causas generales de extinción de los derechos reales. Indicando, el citado autor, que el derecho de propiedad es potencialmente perpetuo, pero no irrevocable.³¹ En algunas legislaciones se contempla dentro de estas causales el abandono de la propiedad. La expropiación por motivo de interés general o utilidad pública, está entre las causas de revocación de la propiedad.

Por su parte Avendaño, observa que la perpetuidad del derecho de propiedad radica en que esta no se pierde por el no uso de las facultades del dominio. Esto a diferencia de los demás derechos reales, que si son afectados por el no uso, porque la propiedad se pierde únicamente debido a la prescripción adquisitiva ganada por otro. El autor trae a colación que en la legislación del Perú, la propiedad se adquiere por prescripción a los treinta años, pero señala que hay jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que asentó la tesis que la acción reivindicativa no prescribe nunca en razón de ser la acción correspondiente a un

³⁰ Loc. cit.

³¹ Ocallaghan Muñoz, Xavier. Op. cit. p. 49



derecho perpetuo.³² Lo anterior debe interpretarse en el sentido que la pérdida de los derechos reales por prescripción negativa, afecta a todos los derechos reales, a excepción de la propiedad, que por razón de la característica de perpetuidad, la acción reivindicatoria no prescribe nunca. El derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, lo que explica su condición de perpetuo.

Es importante entender, que las características jurídicas de la propiedad, nunca deben visualizarse como absolutas, porque siempre existen excepciones a toda regla general. En la historia del derecho y esto es aplicable tanto al occidental como al derecho indígena, existen modalidades en la configuración del derecho de propiedad, que hacen relativa la característica de perpetuidad. Cuando se aborde el tema del derecho de propiedad colectiva, veremos cómo le son asignados a sus miembros la tenencia, explotación y disfrute de una porción de la tierra, lo que se asemeja a la propiedad privada. Soto Álvarez, cita a Gutiérrez y González para ilustrar como en el derecho romano también existían prácticas que relativizaban la exclusividad de la propiedad con la llamada copropiedad y principalmente, menciona como la perpetuidad no es una característica esencial, porque existía la modalidad de la propiedad temporal, donde el propietario de una cosa lo es solo durante un determinado plazo.³³

En las civilizaciones antiguas, como sucede con las comunidades indígenas de América, la tierra estaba vinculada a prácticas culturales y religiosas que son de vital importancia para la comunidad. En el derecho romano también existió esa connotación espiritual, como lo revela Coulanges Fustel, quien destaca que los muertos eran dioses de una familia, que solo ella tenía derecho a invocar. Estos muertos vivían en el túmulo de su sepulcro, por lo que nadie tenía derecho a desposeerlos del terreno que ocupaban, porque entre los antiguos no podía destruirse ni variar el lugar del sepulcro. Este elemento vino a reforzar la idea que

³² Avendaño, Jorge V. *Atributos y caracteres del Derecho de propiedad*. En Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen I. 10^a. edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1997. p. 97

³³ Álvarez, Soto. *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil*. 3a. edición, Editorial Limusa, Noriega Editores, México, D.F. 1982. p. 158



por efecto de la religión el suelo se convierte en propiedad perpetua de cada familia.³⁴ Por ello, no debe extrañarnos cómo, en virtud de su cosmovisión los indígenas sienten un apego indisoluble con las tierras que ocuparon sus antepasados. En el caso de los romanos hablamos de una cultura antigua que solo existen en los anales de la historia. En el caso de las culturas indígenas de América, como veremos, son culturas vivas, cuyas prácticas pasadas aún forman parte de su espiritualidad.

1.4 Función social de la propiedad

Los tratadistas Diez-Picazo y Luis Ponce de León, desarrollan brillantemente la función social de la propiedad, destacando que en el derecho de propiedad no solamente existe el ámbito de poder, a manera de derecho subjetivo, que faculta al propietario para ejercer las facultades del dominio sobre el objeto de su propiedad, sino que confluye además un ámbito de responsabilidad, que representa el núcleo de deberes del propietario con las sanciones en caso de incumplimiento, por lo que asevera que no es tan exacto decir que la propiedad tiene o cumple una función social, sino que “la propiedad es en sí misma una función social, si podemos llamar función, a estos fenómenos jurídicos donde una misma persona confluyen deberes y facultades inordinados, no solo al interés del titular, sino a otros intereses igualmente dignos de tutela”.³⁵ Las concepciones jurídicas y doctrinales, fueron transitando del enfoque a ultranza de la propiedad como un derecho absoluto, intocable, a establecer límites necesarios a las facultades de los propietarios, porque las facultades ilimitadas del propietario de los bienes de su propiedad, principalmente cuando se trata de la tierra, puede provocar perjuicios a los demás miembros de la sociedad, cuando se ejerce irresponsablemente. Pensemos, por ejemplo, en las limitaciones que impone la ley por razones de conservación ambiental. Pero la función pública de la propiedad, no solamente debe verse desde la perspectiva de limitaciones a los propietarios,

³⁴ Coulanges, Fustel de. *La Ciudad Antigua*. 9a. Edición, Traducción de Alberto Fano, Editorial Edaf, S. A. Madrid, España, 2006. p. 73

³⁵ Diez-Picazo y Luis Ponce De León. *Problemas Jurídicos de Urbanismo*. Editorial RAP, Madrid, España, 1964. p. 48



sino como parte de acciones positivas, a las que necesariamente debe recurrir el Estado para alcanzar el desarrollo y beneficio social.

Un ejemplo claro de la expropiación forzosa, para la realización de acciones positivas en función social, la proporciona De Gatta Sánchez, cuando trae a colación la sentencia STC 166/1986, del 19 de diciembre, del Tribunal Constitucional Español, que muestra como la jurisprudencia se mueve hacia ese campo. La sentencia recuerda como la expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable a la propiedad privada, que únicamente operaba contra los bienes inmuebles para la construcción de obras públicas. Pero la transformación del Estado social introduce el concepto del derecho de propiedad privada en función social con efectos delimitadores de su contenido, lo que ocasionó la revisión de la institución de la expropiación forzosa, para convertirla de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en un instrumento positivo que está al alcance del poder público para el cumplimiento de fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social. Frente a lo cual para el Tribunal Constitucional Español, el derecho de propiedad privada tan solo garantiza a su titular, frente al interés general, el contenido económico de su propiedad, extendiéndose la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales.³⁶ La transformación de la institución de la expropiación forzosa en un instrumento dinámico de cambio social es un claro ejemplo de cómo en la práctica el interés público debe prevalecer sobre el interés particular. El derecho de propiedad privada garantiza al titular de este, el valor económico del bien sobre el cual recae su derecho, pero no su uso y destino, cuando la necesidad del conglomerado social, exige que se destine a otros fines en beneficio de todos o de un gran número de personas.

³⁶ De Gatta Sánchez, Dionisio Fernández. *Expropiación forzosa y obras públicas (1812-2010)*. En Historia de la propiedad. La expropiación. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robles y Eugenia Torrijano (Comps.), Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, España, 2010. p. 447

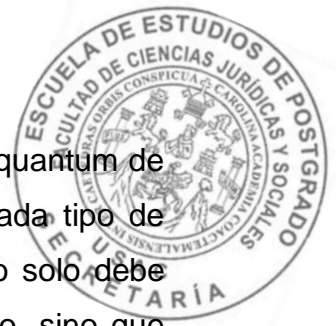


El beneficio de todos o de muchos, contribuye decisivamente al desarrollo social. La Constitución de Guatemala, señala como uno de los fines de la propiedad, el desarrollo nacional, de manera que la función social de la propiedad, debe considerarse como parte de la estructura de esta institución en la legislación nacional. Esta es una evolución que se está consolidando en la jurisprudencia y en la interpretación constitucional de la propiedad en otras legislaciones. El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 37/1987 del 23 de marzo, hace referencia a la función social como elemento estructural de la propiedad privada, aclarando que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío del bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Todo lo contrario la sentencia refleja como la propiedad privada se configura y protege, una serie de facultades individuales de los propietarios sobre las cosas; pero que a la vez y al mismo tiempo, contiene la propiedad privada, un conjunto de deberes y obligaciones, establecidos de conformidad con la ley, en función de valores y de intereses de la colectividad, de acuerdo con la finalidad y la utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamado a cumplir.³⁷

El derecho de propiedad contiene entonces, por definición intereses individuales e intereses colectivos y en la dinámica social, cuando el ejercicio de los intereses individuales, se contraponen a los intereses de la colectividad, necesariamente prevalecen estos últimos. De esta manera debe entenderse la función social de la propiedad y así debe desarrollarse en la legislación ordinaria.

Para Augusto Sáenz, la función social de la propiedad debe estar sujeta a dos condiciones: la primera, que en atención a la gran amplitud de libertad que se concede al legislador para la determinación de la función social es este el que en última instancia debe señalar cuál es la función social que el derecho de propiedad

³⁷ Sentencia STC 37/1987, del 26 de marzo, del Tribunal Constitucional Español.



sobre un concreto tipo de bienes debe cumplir, es decir, establecer el quantum de la función o utilidad social exigible al derecho de propiedad sobre cada tipo de bienes. La segunda, consiste en que la delimitación del contenido no solo debe hacerse en relación con la función social exigible al bien determinado, sino que también la función individual del derecho.³⁸ La propuesta de Angosto Sáenz, debe entenderse en el sentido de establecer, por certeza jurídica, una suerte de principio de legalidad de las limitaciones legales que deben tener los propietarios, por razones de interés general y como función social. Por ejemplo, es válido que el propietario de una heredad, deba compartir con la comunidad, el agua proveniente de manantiales ubicados en sus tierras, por ser el agua un bien público, de conformidad con la Constitución de Guatemala, que debe estar destinado al bien común. Todos estos aspectos, deben estar concretamente determinados en la ley, pese a que desde la perspectiva constitucional se establezca la naturaleza pública del agua, solamente la ley puede determinar el mecanismo y las dimensiones en que el propietario debe compartirla para el bien común.

Por otra parte, está López-Nieto, quien indica que “en casos de incumplimiento de la función social de la propiedad, sea por utilidad pública o por interés social, la expropiación debe operar como una sanción, por lo que es aconsejable que se abone un precio inferior al valor de los bienes”.³⁹ El autor concibe la expropiación como una sanción, justificada en la negativa de los propietarios para cumplir la función social de la propiedad. Pero, ante todo, es importante considerarla como un instrumento legal en favor de la utilidad pública o la función social de los bienes privados, en circunstancias necesarias y justificables. Porque pueden existir casos en que el propietario no ha incumplido la función social de la propiedad de la cual es titular, pero puede llegar el momento en que todo el bien debe ser destinado a una función específica, por interés general o común, lo que implica el necesario despojo de la propiedad al

³⁸ Angosto Sáenz, José Fulgencio. *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*. Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, España, 1998. p. 78

³⁹ López-Nieto y Mallo, Francisco. *Manual de expropiación forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. 3ª. ed., Gráficas Muriel, S. A., Madrid, España, 2007. p. 300



propietario, previa indemnización justa, porque aquí el precio no puede operar como una sanción.

La Constitución de la República establece la expropiación forzosa en el artículo 40. Señala que, en casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. Para hacer viable la expropiación, el texto constitucional indica que deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley. Esa ley es el Decreto 529 del Congreso de la República que data del año 1948, Ley de Expropiación, cuyo artículo 1, indica que el interés social o necesidad pública puede ser del orden material o espiritual.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala (En adelante la Corte de Constitucionalidad), cuando hace mención del derecho de propiedad, refiere que no es propio de la vida social el ejercicio absoluto de ese derecho, cuyo asidero es el artículo 44 de la Constitución, que establece que el interés social prevalece sobre el particular. Por lo que en armonía con el principio del dominio eminente del Estado sobre su territorio, por el cual puede ejercer su actividad como ente soberano para el logro de sus fines y en complemento con el artículo 40 constitucional, que le faculta para expropiar la propiedad privada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, el Estado decide cuando expropiar un bien privado, si previamente se ha establecido esa necesidad social.⁴⁰ Agrega el tribunal constitucional que el ordenamiento jurídico guatemalteco no hace una enumeración casuística de lo que significa: utilidad colectiva, beneficio social o interés público, pero que su determinación no queda en manos de la autoridad expropiante, sino del Congreso de la República, como autoridad encargada de legislar.⁴¹ Efectivamente, sería materialmente imposible que la ley estableciera todas las situaciones de la vida real, que puedan constituir

⁴⁰ Expediente 97-1986, Gaceta número 3, sentencia de fecha 25 de febrero de 1987, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

⁴¹ Loc. cit.

utilidad colectiva, beneficio social o interés público, por lo que solamente pueden existir estas causales para la expropiación forzosa de manera general.



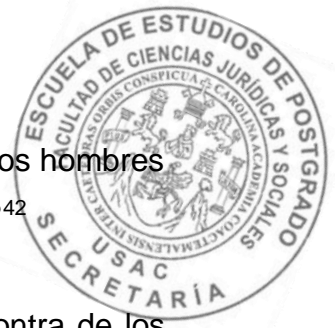
Es deber del Congreso de la República, en cada caso concreto, como estipula el artículo 40, determinar la existencia de los supuestos del artículo 44, para dar lugar a la expropiación forzosa. Este punto es importante, porque la declaratoria de utilidad colectiva, beneficio social o interés público no corresponde a la autoridad administrativa, sino al legislador por excelencia, por lo que cada declaratoria en ese sentido, está contenida en una ley, que desarrolla en caso concreto las causales constitucionales que viabilizan la expropiación.

1.5 La propiedad en la época colonial

La propiedad de la tierra en los territorios conquistados por España y Portugal, tuvo sus propios fundamentos, basados básicamente en el poder que otorga la fuerza – derecho de conquista – y en la concesión de la Iglesia Católica, que repartía entre las dos naciones conquistadoras un Nuevo Mundo que hasta esa época era desconocido para la vieja Europa, porque tal fue el Tratado de Tordesillas. La apropiación de los territorios en las colonias americanas, incluido lo que ahora es Guatemala, se consumó bajo esos fundamentos.

El filósofo Jean Claude Rousseau, en el contrato social, reflexiona sobre la naturaleza de la propiedad y cuestiona la usurpación de tierras sin justo título, como las realizadas por España y Portugal en América, cuando señala:

¿Será suficiente poner el pie en un terreno común para considerarse dueño de él? ¿Bastará tener la fuerza necesaria para apartar un momento a los demás hombres, para quitarles el derecho de volver a él? Seguidamente cuestiona nuevamente: ¿Cómo puede un hombre o un pueblo apoderarse de un territorio inmenso y privar de él a todo el género humano, sin que esto



constituya una usurpación punible, puesto que quita al resto de los hombres la habitación y los alimentos que la Naturaleza les da en común?⁴²

Rousseau pone en evidencia, que el despojo perpetrado en contra de los indígenas constituye una violación a las reglas de convivencia y civilización, porque España pudo apropiarse, basados no en la razón, sino en el derecho que da la fuerza, de los bienes de las culturas civilizadas que sometieron, sin hacer distinción entre bienes públicos, de las tierras que no estaban habitadas ni en uso, pero, esencialmente, no respetaron las modalidades de propiedad privada existentes, como la individual y la colectiva.

Para el caso específico de la apropiación de tierras en el Nuevo Mundo, Rousseau indica:

¿Era motivo suficiente que Núñez de Balboa tomase posesión, en la costa del mar del Sur, de toda la América meridional, en nombre de la corona de Castilla, para desposeer de ellas a todos los habitantes y excluir de estas a todos los príncipes del mundo? De modo análogo se multiplicaban vanamente escenas semejantes y el rey católico no tenía más que tomar posesión del universo entero de un solo golpe, exceptuando tan solo de su Imperio lo que con anterioridad poseían los demás príncipes.⁴³

Pone al descubierto Rousseau el mayor acto de despojo de tierras tal vez en la historia de la humanidad ocurrida en América, en contra de las poblaciones originarias. Método que fue legitimado por la autoridad colonial y que después, hasta el presente, se defiende bajo los principios que la propiedad privada es sagrada, inviolable y perpetua.

Es muy cierto que cuando el hombre estaba en estado de naturaleza, era legítimo apropiarse de todo lo que necesitaba y que fuera fruto de su esfuerzo.

⁴² Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Traducción Fernando de los Ríos. Duodécima edición, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2007. p. 51

⁴³ *Ibid.* p. 52



Pero en América, que es el caso de Guatemala, los conquistadores encontraron organizaciones sociales avanzadas, que reunían todas las características de Estados, sociedades civilizadas, cuyos territorios estaban perfectamente delimitados. En esas circunstancias no era válido el despojo de tierras.

Además, el filósofo Rousseau hace una reflexión para legitimar la propiedad del primer ocupante de un terreno que no posee dueño, que repito no es el caso de muchos de los territorios precolombinos. Indica que el territorio no debe estar habitado por nadie, que no puede ocuparse, sino la extensión que se tiene necesidad para subsistir y por último, que se tome posesión de él, no mediante una vana ceremonia, sino mediante el trabajo y el cultivo, único signo de propiedad que a falta de títulos jurídicos debe ser respetado por los demás.⁴⁴, pero desde luego eso era mucho pedir en tiempos de la conquista española, quienes no solamente no respetaron la propiedad de la tierra, sino que privaron a los seres humanos originarios de su libertad y de su fuerza de trabajo, convirtiéndolos en esclavos y posteriormente en siervos.

1.5.1 Tierras de dominio público (tierras realengas)

El economista mexicano del siglo XIX, Manuel Payno, hace una clasificación de las sociedades indígenas que encontró Hernán Cortés en México, que puede ser válida para Guatemala. Señala que:

Infinidad de tribus indígenas [...] existían desde las soledades del Norte hasta Guatemala; más para nuestro propósito dividimos solamente esa población en dos categorías _Naciones Civilizadas [...] (y) Naciones cazadoras o bárbaras y que se clasificaban entonces con el nombre de chichimecos y hoy con el de mecos o salvajes. Estos no tenían residencia fija y recorrían todo el país no ocupado y poblado por las naciones civilizadas, especialmente lo que hoy llamamos la frontera del Norte que se extendía hasta la Luisiana [...] Los chichimecas es probable que no

⁴⁴ Ibid. p. 51



conociesen, sino muy imperfectamente, el derecho de propiedad, no tenían residencia fija y de consiguiente pocas pruebas podrían aducirse hoy de una propiedad individual y de una división marcada entre estas gentes. Las naciones civilizadas tenían el sistema que ya se ha indicado de señoríos y calpullis y es seguro que tal orden y señalamiento territorial se hallaba extendido en todos los dominios del imperio mexicano.⁴⁵

Las naciones civilizadas, siguiendo la clasificación de Juan Payno, que es el caso de prácticamente todas las comunidades indígenas de Guatemala, cuando Pedro de Alvarado se hace presente para someterlas a nombre del rey de España, tenían un sistema de propiedad que comprende lo que hoy conocemos como propiedad pública, que era la propiedad de los señoríos - para el uso común de los ciudadanos y para que el gobierno, representado en los príncipes, pudiera cumplir los fines del Estado - y propiedad particular - denominación que le damos, porque no pertenecía al Estado -, pero que se configuraba bajo la forma de propiedad colectiva, porque era ocupada por un grupo de personas, con igual derecho para ocupar y explotar una porción de la tierra que formaba parte del Calpulli.

Los calpulli, aquí recurrimos nuevamente a Manuel Payno, era:

La división más general y la más grande [...] Era una porción más o menos extensa de tierra que desde tiempos que no se pueden designar fijamente, estaba concedida a una familia, a una tribu probablemente de parientes, o a cierto número de personas. Este Calpulli tenía un gefe y este gefe repartía las tierras para su cultivo entre las personas que formaban el Calpulli. Ninguna de ellas tenía propiedad privada o individual y es más que probable que cada año en el tiempo adecuado, se hiciesen algunos cambios y variaciones en la distribución de los terrenos. El que abandonaba el Calpulli perdía todo derecho a participar de esa propiedad comunal y los

⁴⁵ Payno, Manuel. *Tratado de la propiedad. Ensayo de un estudio del derecho romano y del derecho público y constitucional en lo relativo a la propiedad*. Editorial I., Cumplido, México, 1869. p. 168



individuos pertenecientes a un Calpulli no tenían derecho de ser admitidos ni considerados en otro, aunque sí el de tomar tierras en arrendamiento.⁴⁶

Como puede apreciarse, excluyendo la propiedad de los señoríos, la propiedad por excelencia era la colectiva, que se transmitía de generación en generación, que daba a sus miembros, con exclusión de cualquier otro que no perteneciera al grupo – familia o tribu – la facultad de ocupar una porción para explotarla.

Por otra parte, se puede deducir, de lo manifestado por Juan Payno, que la tierra, para aquella época, ya era un bien escaso, solo por esa razón se justificaba la exclusión, en el uso de la tierra, de todos los que no formaban parte del Calpulli y la pérdida del derecho de aquellos que abandonaban la comunidad, como la existencia de la modalidad del arrendamiento, para las personas que no pertenecían a un Calpulli o bien necesitaban más tierra para labrar. Esto supone también que, como en toda sociedad donde la tierra es un bien escaso, existían conflictos, por lo que la existencia de normas o reglas de solución de los problemas que se originaban por poseer la tierra, también era otra necesidad, las cuales son inherentes a toda nación civilizada.

Es importante indicar que otros autores hacen referencia, tanto para México como para Guatemala, de un sistema de propiedad mucho más diversificado y complejo del mencionado por Manuel Payno. En efecto, Cambranes, citando al historiador austriaco Friedrich Katz, pone al descubierto un complejo sistema de propiedad del suelo entre la sociedad azteca, entre las que se encuentran: la tierras de los calpullis o comunidades, la tierra de los nobles, la tierra de los campesinos llamados teccallec, la tierra de los guerreros o tectecuhtzin, la tierra de los esclavos o mayeques y la tierra de arrendamiento.⁴⁷, además, la tierra de propiedad pública, estaba clasificada, según el titular o el destino de estas, por lo

⁴⁶ Ibid. p. 160

⁴⁷ Cambranes, J. C. Ruch'ojinem QalewaL. *500 años de lucha por la tierra. Estudios sobre propiedad rural y reforma agraria en Guatemala*. Guatemala, Cholsamaj, 2004. p. 50



que existía la tierra del soberano, las tierras del templo, tierras del palacio o tecpantialli, las tierras de los jueces, y, la tierra para la guerra o milchimalli. Por último existía la tierra de los pueblos sometidos.⁴⁸ El dato interesante que aporta Cambranes es que existía la categoría de tierras de los pueblos sometidos, lo que implica que el derecho de conquista de los aztecas, no llega al despojo de la propiedad privada o colectiva de los habitantes de los pueblos sometidos. Elemental regla de civilización que la corona de España ignoró en América.

Por otra parte, Cambranes cita a Alfonso Villa Rojas, para quien, a principios del siglo XVI, existía entre los mayas de Yucatán, también diversas modalidades de propiedad de la tierra, entre las que están: la tierra del Estado o provincia; la tierras del pueblo; las tierras del calpulli o parcialidad; la tierras del linaje; las tierras de la nobleza; y, las tierras particulares.⁴⁹ Contrastar las modalidades de propiedad entre aztecas y mayas, arroja el dato interesante de la existencia de la propiedad privada y la propiedad colectiva o calpulli. Esto nos lleva a la conclusión, que, desde la época precolombina, existe la propiedad colectiva de la tierra, una modalidad que, por convenir al sistema de explotación medieval adoptado en la Colonia, adoptó España para las comunidades indígenas.

1.6 Cosmovisión de los pueblos indígenas

Es evidente que todo ser humano es portador de una cultura. La cultura la adquirimos como miembros de una comunidad. El grupo humano es el que inculca en cada individuo una serie de conocimientos, creencias y pautas de conducta. De manera que la cultura tiene una dimensión individual, pero sobre todo colectiva, por la que, como personas, nos sentimos identificados con un grupo social específico, del cual interiorizamos sus valores, creencias y conductas. En la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la UNESCO, que data del año 2001, en uno de sus considerandos se conceptualiza la cultura como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos

⁴⁸ Loc. cit.

⁴⁹ Loc. cit.



que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, la manera de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.⁵⁰ Cada grupo social moldea su identidad cultural a través del tiempo. Por esa razón es la cultura es diversa. El ser humano en lo individual y en lo colectivo es diverso. La uniformidad social y cultural no es posible. Por la misma naturaleza diversa de los grupos humanos, el artículo 1 de la Declaración proclama que la diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Señala que, como fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos.

La diversidad cultural da lugar a la cosmovisión de cada pueblo o comunidad. Para David Lagunas, la cosmovisión puede definirse como un estado de conciencia de cómo son las cosas en realidad, por lo que constituye toda la realidad para el individuo. David Lagunas acota que la cosmovisión no versa solo sobre el origen, sino sobre la propia configuración del individuo y constituye el conjunto de ideologías que explícita e implícitamente empleamos para razonar y pensar. La cosmovisión es tan diversa que integra aspectos como las teorías y visiones, el yo, la causalidad, el honor o la autoestima.⁵¹ Puede afirmarse que la cosmovisión proporciona los elementos cognitivos para que el individuo visualice al universo, su propia existencia, lo sobrenatural y cómo debe ser su relación con sus congéneres. La cultura de un pueblo configura su cosmovisión y esta forma parte de la identidad cultural.

Los pueblos indígenas, como todo grupo humano, poseen una identidad cultural, expresado en la cosmovisión. Expresan Carlos Zolla y Emiliano Zolla, que los textos antropológicos, etnográficos e históricos, utilizan el término cosmovisión para referirse al conjunto de creencias, valores y sistemas de conocimiento que

⁵⁰ Considerando de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, 2 de noviembre de 2001, París, 31º reunión de la Conferencia General de la UNESCO.

⁵¹Lagunas, David. *Antropologías del turismo*. En *Antropología y turismo. Claves culturales y disciplinares*. David Lagunas (Comp.), Editorial Plaza y Valdes, S. A., México, 2007. p. 113



articulan la vida social de los grupos indígenas. Citando al historiador Alfredo López Austin, aportan una definición mucho más estructurada, indicando que la cosmovisión es “el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas, los ordena y los ubica”.⁵² La trascendencia de la cosmovisión indígena de los pueblos de América es que esta es esencialmente distinta de la cosmovisión del mundo occidental, difundida por la religión judeocristiana, que arribara con los conquistadores y colonizadores al continente.

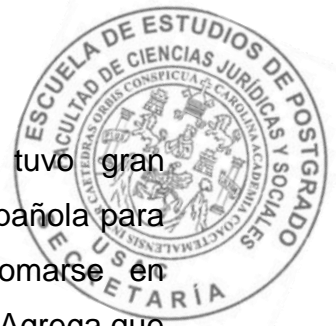
Es normal que entre los grupos indígenas del continente americano exista diferencia. Cada grupo social configura su cosmovisión a lo largo del tiempo. Pero, Carlos Zolla y Emiliano Zolla expresan que, en lo referente a la cultura mesoamericana, en la forma de concebir la relación entre el hombre, la sociedad y el mundo natural y sobrenatural, pese a la diversidad en las formas de la cosmovisión, es posible establecer una serie de rasgos generales que comparten todos los pueblos indígenas y que constituyen uno de los elementos fundamentales de su identidad cultural.⁵³

1.6.1 La cosmovisión indígena y la tierra

Es evidente cómo la cosmovisión indígena determina el sistema de creencias relacionadas con todo lo que los rodea. Entonces, en relación con la tierra ¿cuáles son las ideas predominantes de los pueblos indígenas? El sistema de creencias de las comunidades indígenas en relación con la tierra es importante. Exponer ese sistema de creencias a la mentalidad occidental es también importante, porque solamente así se puede llegar a comprender el componente espiritual que liga a los indígenas a la tierra.

⁵² Carlos Zolla y Emiliano Zolla Márquez. *Los pueblos indígenas de México. 100 preguntas*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 79

⁵³ *Ibid.* p. 80

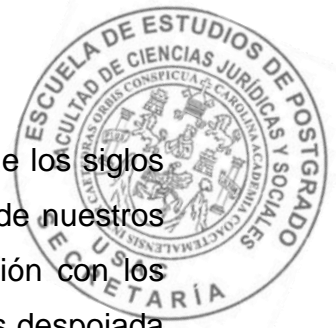


Expresa Nohemí Quezada, que la cosmovisión indígena tuvo gran importancia en la respuesta a la política establecida por la Corona Española para la congregación de los indios en pueblos, por lo que debe tomarse en consideración para comprender el arraigo y la vinculación con la tierra. Agrega que la cosmovisión de los grupos mesoamericanos, que está basada en la dualidad genérica de lo masculino y lo femenino, polaridad de los opuestos complementarios vigentes en los siglos XVI y XVII, organizaba el cosmos, la naturaleza y la sociedad. De esta manera lo celeste y lo terrestre permitían al indígena concebir el territorio dentro del ámbito de lo sagrado, como la reproducción del cosmos, que lo ligaba a la tierra y al hombre formando un todo indisoluble.⁵⁴ El indígena está fuertemente vinculado a la tierra. La Madre Tierra es su sustento espiritual y material. Su vida está arraigada a la tierra. Para él es más que un medio de producción, como es el caso para la mentalidad occidental. Esta realidad, para el caso de las comunidades indígenas de Guatemala, que aún conservan sus costumbres, tiene trascendencia constitucional, porque el derecho que les asiste de conservar sus costumbres, en el caso de su estrecha relación espiritual con la tierra, está vinculado a la libertad de conciencia que todo ser humano, en lo individual y colectivo, debe poseer.

Por otra parte, para el indígena la existencia, la vida misma, solamente es factible a través de la tierra. Esto lo expresa muy bien Nohemí Quezada, cuando señala que entre los indígenas coloniales prevaleció la concepción de la tierra como representante de la Diosa Madre, aquella que permitía la reproducción de la vida y como consecuencia, de la sociedad. Enfatiza la autora que desarraigarse de la tierra significa la muerte para el indígena. Además, agrega que la tierra era el lugar de los ancestros que no podían ser abandonados sin provocar un cataclismo.⁵⁵ Todo este sistema de ideas fue trastocado con la política de los

⁵⁴ Quezada, Nohemí. *Respuesta indígena a la congregación de pueblos en el Valle de Toluca y zonas aledañas*. En Otopames. Memorial del primer coloquio. Querétaro 1995. Fernando Nava (Comp.), 2ª edición, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. p. 247

⁵⁵ Ibid. p. 249



españoles de reducirlos a los llamados pueblos de indios. A lo largo de los siglos que duró la época colonial y durante parte de la historia republicana de nuestros países latinoamericanos, tuvieron que conformar una nueva vinculación con los lugares que han habitado. Por ello, cuando una comunidad indígena es despojada de sus tierras, viven nuevamente esa ruptura con lo sagrado, con la memoria de sus ancestros y con el elemento vital para la existencia.

Carlos Zolla y Emiliano Zolla expresan que la propiedad, trabajo y usufructo de la tierra constituye uno de los temas de mayor trascendencia para los pueblos indígenas, que es un asunto de una enorme complejidad, que conjuga varios factores, entre los que están, por una parte los históricos – entre los que alcanza importancia la tenencia de la tierra en la época prehispánica, colonial e independiente –; los factores políticos, entre estos menciona los procesos de enajenación, pero también los pactos y acuerdos de los indígenas con instituciones gubernamentales y propietarios privados; también están los ideológicos, resaltando la significación de la tierra como el espacio privilegiado de reproducción material y cultural de los indígenas; y por último los lingüísticos, como expresiones en las formas de denominación de la tierra y los grupos que la detentan, expresando que usan denominaciones como comunidad agraria, que es sinónimo de comunidad indígena que es equivalente a tierra de propiedad indígena.⁵⁶ Se puede apreciar que la tierra, determina casi la totalidad de la existencia de los pueblos indígenas. Es la tierra el cordón umbilical que los une al cosmos. La tierra es el alfa y omega para la cosmovisión indígena.

Se expresa en las Memorias del IV Taller Latinoamericano de Teología India, cuando hablan de las señales de la presencia de la tierra sin mal, en la lucha de los pueblos indígenas, como expresión de la cosmovisión de estos hacia la tierra, que los pueblos no quieren que se marchiten las flores de la tierra sin mal, es por eso que al reconocer la tierra como Madre, los indígenas no quieren dañarla y también creen que la tierra se siente mal con los sufrimientos de los

⁵⁶ Zolla, Carlos y Emiliano Zolla Márquez. Op. cit. p. 62



indígenas.⁵⁷ Las comunidades indígenas, que no han sido contaminadas por la mentalidad occidental, tienen un compromiso espiritual con la integridad de la tierra. De ahí surge la necesidad de la conservación del ambiente por parte de los pueblos indígenas y la lucha confrontativa con la cultura occidental que atenta constantemente contra la naturaleza. Cultura occidental que antepone el bienestar material, según la mentalidad capitalista, a la conservación de la tierra, atentando contra todos sus componentes: lagos, ríos, bosques y fauna.

Los Centros Culturales Mapuche, de Chile, manifestaron en la Conferencia de Ginebra, relativa al vínculo del indígena y la tierra que:

La tierra es el símbolo de la fertilidad y todos deberían tener acceso a ella, porque es un recurso para la subsistencia y, por lo tanto, nadie puede ser privado de sus beneficios. De allí que todas las sociedades indígenas de Sudamérica tengan una forma particular de organización social basada en el Comunitarismo, adaptándose al medio ambiente tratando de mantener el equilibrio ecológico que les asegura su continuidad biológica y social.⁵⁸

Se aprecia cómo la propia cosmovisión indígena explica y determina la forma de propiedad colectiva. Porque la tierra es un símbolo de la fertilidad, de la que nadie puede ser privado y de ello depende la propia existencia de la humanidad.

Esta visión del mapuche, del vínculo del indígena con la tierra, es contrastada con la visión y la actitud del europeo:

Por el contrario, los europeos colonizadores, demostrado está, han hecho uso de los recursos hasta agotarlos por su afán de lucro personal. Es esta ideología individualista y destructiva, la que por siglos han intentado implantar a los pueblos nativos. Su presencia, demás está decirlo, ha sido

⁵⁷ Memoria del IV encuentro taller latinoamericano de teología india. *En busca de la tierra sin mal. Mitos de origen y sueños de futuro de los pueblos indios*. Paraguay, Ediciones Abya Yala, 2004. p. 104

⁵⁸ Conferencia de Ginebra. *El indígena y la tierra*. Realizada del 12 al 18 de septiembre de 1981. 3ª edición, Holanda, Ediciones Abya Yala, 1992. p. 12



nefasta, porque además de destruir el medio ambiente y la organización sociocultural tradicional ha llevado a los nativos a un estado de marginalidad y discriminación social insuperable en las condiciones existentes.⁵⁹

En un mundo que se deteriora más y más, ante el afán de desarrollo material del hombre, el sistema de ideas de los pueblos indígenas, constituye una oportunidad para rectificar el camino y proteger la Tierra, el hogar común que nos alberga como humanidad.

La Internacional Indian Treaty Council refiere que:

La característica principal de la filosofía indígena es un gran amor y respeto por la calidad sacra de la tierra que ha dado luz y ha alimentado la cultura de los pueblos indígenas. Las tierras ancestrales de estos pueblos son su Jardín de Edén, su Mecca, sus ríos Ganges y Jordán, su Monte Sinaí. Estas poblaciones son los guardianes de sus tierras que, a través de los siglos se han ligado inextricablemente a su cultura, sus espíritus, su identidad y supervivencia. Sin sus tierras, su cultura no puede sobrevivir.⁶⁰

La tierra resume todo lo sagrado para los pueblos indígenas. El mundo no indígena exige respeto a la libertad religiosa, derecho fundamental elevado a los textos constitucionales. De igual manera, desde la Constitución se debe respetar la libertad de conciencia de los pueblos indígenas: creencias que empiezan y terminan con el amor a la tierra.

El Movimiento Indio Pedro Vilca Apaza, de Arequica del Perú, manifiesta que:

La civilización occidental individualista concibe a la naturaleza o Pachamama, como su Enemiga, por cuanto tiende a vencer los "Fenómenos Naturales". El hombre se muestra amo y señor, dominador de

⁵⁹ Loc. cit.

⁶⁰ Ibid. p. 25



la naturaleza y de los hombres, tesis fundamental que diferencia la comprensión armónica del individualismo, en relación con la tierra, pues el hombre es naturaleza o microcosmos, por cuanto no es dominador de la tierra ni del hombre, es conviviente de la naturaleza. He ahí la esencia fundamental de nuestras comunidades indígenas, que exigen la devolución de nuestras tierras, para hacerlas florecer en beneficio de la humanidad desequilibrada, desordenada en loca carrera hacia la destrucción del cosmos.⁶¹

Esta reflexión deja la enseñanza, que antes de luchar y tratar de dominar las fuerzas de la naturaleza, una batalla que de antemano se sabe que la humanidad perderá, el ser humano debe adecuarse a ellas, para vivir en armonía con estas.

El Movimiento Indio Pedro Vilca Apaza, de Arequica del Perú, además señala que:

Los indígenas nos sentimos herederos del sentido comunitario, debido a que la tierra es fuente de unidad que nos permite mantenernos como el pueblo unido y porque la tierra es el sentido y razón de nuestra lucha por restaurar el orden, el equilibrio y la armonía, que el invasor español primero y el criollo y/o el mestizo después desnaturalizan en el orden social colectivista.⁶²

En la actualidad, la humanidad lucha contra los fenómenos climáticos. Tormentas y ciclones cada vez más poderosos arrasan la tierra. Se debe escuchar el sabio llamado de los pueblos indígenas para restablecer la armonía y el equilibrio entre las fuerzas de la naturaleza y el hombre.

En la Declaración de los Aborígenes Australianos sobre la ideología, filosofía y las tierras indígenas, indican que:

⁶¹ Ibid. p. 32

⁶² Ibid. p. 33



Tradicionalmente, nuestra sociedad está basada en tres principios fundamentales. El primero de ellos era una religión poderosa que abarcaba todo. Creemos que los niños aborígenes nacen de mujeres, pero son concebidos por una fuente espiritual cuyo manantial es la tierra. Y para nosotros, la tierra tiene dos tipos de paisaje: uno físico, que puede ser visto por todos los seres humanos y otro espiritual, que solo nosotros podemos ver. Para el pueblo aborigen existe solo un modo de poseer la tierra, que es ser concebido por ella. La tierra es el origen. Este principio muy importante impidió toda apropiación de la tierra, lo cual ha sido la maldición para el resto del mundo. A nosotros esto nos dio orden y estabilidad.⁶³

La mentalidad occidental debe despertar la capacidad de ver el paisaje espiritual. Si la humanidad tiene un origen común, cobijado por la naturaleza, también tiene la capacidad de conexión espiritual con la tierra.

La Comisión Indígena de Juristas, expresa en relación con la lucha de los indígenas por la tierra que:

El concepto de la propiedad colectiva sobre la tierra está tan arraigado entre los indios que, aunque muchas veces los títulos legales de propiedad están principalmente a nombre del cacique, el derecho de los demás miembros de la comunidad sobre la tierra es indiscutible. La propiedad colectiva sobre la tierra es la base del mantenimiento de la cultura indígena, la defensa de esta propiedad es la defensa del derecho a existir como grupo cultural.⁶⁴

El constitucionalismo debe respetar el concepto de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas, como sujeto de derecho son los propietarios de la tierra. Pero cada uno de sus miembros no se concibe como dueño de la tierra o los territorios, sino como un ocupante más dentro de una colectividad que tiene igual derecho. La Constitución debe respetar la propiedad

⁶³ Ibid. p. 44

⁶⁴ Loc. cit.



como derecho fundamental en todas sus formas. Cualquier discriminación en este sentido atenta contra la naturaleza universal de los derechos fundamentales.

Por su parte, Chang Vargas indica que la tierra es el mayor problema que plantean los indígenas desde el contacto con los foráneos, pero este problema crucial sigue sin solución. Por ello – expresa – el discurso indigenista resume el tema en la frase “un indio sin tierra es un indio muerto”⁶⁵ y la tierra es un recurso esencial, por ello señala que los indígenas destacan en sus resoluciones que “sin tierra no hay cultura y sin ella no hay vida”⁶⁶ y de ahí surge la imperiosa petición de respetar la propiedad, posesión y usufructo de las tierras comunales por parte de los indígenas.⁶⁷ No puede existir inclusión de los pueblos indígenas al sistema constitucional y legal de un país si se desconoce el derecho a la tierra. La tierra resume y determina la cultura indígena.

Por otra parte, Zaffaroni incursiona brillantemente en el tema de los derechos de no humanos, centrando su atención en la *Gaia* y la *Pachamama*, expresando que la incorporación de la naturaleza al derecho constitucional con carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho, respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo no humano.⁶⁸ Además expresa Zaffaroni que la *Gaia* de Europa y *Pachamama* de América, son solo nombres de la Tierra, en la que no solo estamos como humanidad, sino de la cual formamos parte. Anuncia el autor el encuentro entre una cultura científica que se alarma con la devastación que se hace de la tierra (naturaleza) y otra tradicional, como patrimonio cosmogónico de los indígenas, que ya conocía el peligro que hoy le vienen a anunciar y también su prevención e incluso su remedio.⁶⁹ Cuando el

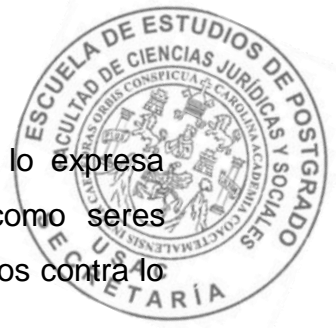
⁶⁵ Chang Vargas, Gisselle. *Indigenismo e identidad indígena*. En Primer Congreso Científico sobre pueblos indígenas de Costa Rica y sus fronteras. Memoria: 1995. María Eugenia Bozzoli, Ramiro Barrantes, Dinorah Ovando y Mirna Rojas (Comps.), Costa Rica, EUNED, 1998. p. 319

⁶⁶ Loc. cit.

⁶⁷ Loc. cit.

⁶⁸ Zaffaroni, Raúl Eugenio. *La Pachamama y el humano*. Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires, Argentina, 2011. p. 144

⁶⁹ Loc. cit.



constitucionalismo niega los derechos a todo lo no humano, como lo expresa Zaffaroni, al final atenta contra los derechos humanos, porque como seres humanos no somos un elemento aislado del cosmos. Cuando atentamos contra lo no humano, atentamos contra nosotros mismos como humanidad.

Indica Juan Manuel Salgado que:

Jurídicamente parecería evidente que la ocupación tradicional otorga por lo menos derecho al título de propiedad, Digo- por lo menos, porque como veremos más adelante, la –propiedad indígena tiene características diferenciadas de la propiedad civil, es más, el mismo término – propiedad resultaría inadecuado, sino fuera que es sumamente útil para que miembros de la cultura dominante comprendan que es un derecho difícil de soslayar.⁷⁰

La resistencia al reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, solo puede comprenderse desde la mentalidad de la cultura dominante, porque este tipo de propiedad limita las posibilidades de acaparar y apropiarse de la tierra. La forma más perfecta de libertad se refleja en la diversidad cultural, pero el liberalismo solo puede aceptar y tolerar la libertad de la oferta y la demanda.

1.6.2 La costumbre indígena en Guatemala en relación con la tierra

El artículo 66 de la Constitución, hace referencia a la multiculturalidad de los grupos humanos que componen la sociedad guatemalteca. Reconoce la existencia de diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. Luego de forma expresa indica que, reconoce, respeta y promueve, entre otros aspectos, sus costumbres, tradiciones y formas de vida.

Es importante conocer en qué consisten estos aspectos de los pueblos indígenas de Guatemala. La costumbre indígena, que Raquel Yrigoyen Fajardo también denomina como derecho indígena o derecho consuetudinario, es la

⁷⁰ Salgado, Juan Manuel. *Tierras y territorios indígenas*. En Dossier propiedad comunitaria indígena. Fernando Kosovsky (Comp.), Argentina, Editorial Universitaria de la Patagonia, 2015. p. 1



existencia simultánea, de múltiples o diversos sistemas para regular la vida social y la resolución de conflictos, que actúan dentro del mismo espacio de un Estado y que están basados en cuestiones étnicas, culturales, ocupacionales, raciales, históricas, ideológicas, económicas, geográficas, políticas o por la diversa situación de la estructura que ocupan los actores sociales.⁷¹ Se puede constatar que la costumbre regula y controla la totalidad de las relaciones de las comunidades indígenas. Este es el caso de la costumbre de los pueblos indígenas de Guatemala, con las 22 naciones mayas y la xinka, cada uno con su sistema de costumbres, que, si bien coinciden en sus fundamentos esenciales, porque sus pilares son los mismos principios y valores cosmogónicos, son diversos en su forma.

Este sistema de costumbres, cuando entra en conflicto con el derecho oficial, por regular aspectos de importancia para la sociedad y el derecho dominante, provoca la prohibición y el rechazo de la costumbre indígena. Por ejemplo, con base en la costumbre, las comunidades indígenas eligen a sus autoridades, regulan el orden público interno, disponen el acceso y distribución de bienes importantes para su existencia, como la tierra y los recursos naturales, como el agua y productos del bosque.

El derecho indígena, derecho maya, derecho comunal, derecho consuetudinario, costumbre indígena, independientemente como se le denomine, es un sistema que no es nuevo, porque siempre ha estado presente en la vida de pueblos y comunidades indígenas. Es un baluarte de la resistencia indígena, que resurge a la legalidad como un método legítimo para regular la vida social de los pueblos indígenas marginados del continente americano y de Guatemala en particular. El desarrollo de la normativa internacional en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, principalmente del Convenio 169, reivindica la

⁷¹ R. Yrigoyen Fajardo. *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluriculturalidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción, jurisdicción indígena y desarrollo consuetudinario*. Editorial CEAS, Perú, 1995. p. 9



costumbre indígena, como un derecho legítimo de los pueblos a practicar sus tradiciones y establecer sus prácticas de vida.

El jurista Stavenhagen sostiene que, se recurre a dos sistemas para estudiar la costumbre en las sociedades indígenas, para la determinación de lo propiamente legal. En el primero de estos sistemas, el observador utiliza las categorías de la ciencia jurídica occidental y las aplica a la sociedad estudiada; y en el segundo sistema, la determinación se hace mediante la aplicación de los usos y costumbres de la sociedad misma. Para el especialista, lo legal o jurídico, en sociedades que utilizan la costumbre indígena, consiste en lo siguiente: a) Tienen normas generales para regular el comportamiento público. b) Mantienen el orden interno. c) Definen los derechos y las obligaciones de los miembros de la comunidad. d) Reglamentan el acceso y la distribución de recursos que son escasos (aguas, tierras y productos del bosque). e) Tienen una reglamentación para la transmisión y el intercambio de los bienes y los servicios (como el trabajo, la herencia, dotes matrimoniales y los productos de la cacería). f) Definen y tipifican los delitos y distinguen, por lo general, los delitos contra otros individuos y los delitos contra los miembros de la comunidad y los bienes públicos. g) Sancionan los actos delictivos de las personas. h) Manejan, controlan y solucionan los conflictos y las disputas. i) Definen cargos y la función de la autoridad.⁷² Se puede apreciar, como la costumbre es un factor fundamental para la existencia misma de las comunidades indígenas, porque abarca todos los ámbitos de su vida social, religiosa y cultural. Por lo que la costumbre también es determinante en todo lo relacionado con la tierra colectiva indígena, porque la tierra es la base de la forma de vida en todos sus aspectos. Además, juega un papel importante en el acceso y la distribución de los recursos naturales de la tierra y territorio, como de los productos que son resultado del trabajo colectivo de la comunidad.

Para Durand Alcántara, citado por Cabedo, la clasificación de las normas de la costumbre indígena, debe hacerse con base en los siguientes criterios: a) Las

⁷² R. Stavenhagen. *Introducción al derecho indígena*. Documento: *Derechos Humanos de los pueblos indígenas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991. p. 306



que surgen de las relaciones de propiedad (como la propiedad en común de la tierra, se incluye el subsuelo y sus adherentes). b) Las que se refieren al parentesco (deberes recíprocos en virtud del reconocimiento parental). c) Las de tradición oral que corresponden a la socialización del grupo (como la reciprocidad del trabajo entre los componentes de la comunidad, de una familia a otra o de una comunidad a otra). d) Las que conciernen en su acatamiento a las autoridades tradicionales (cumplimiento del cargo, dirimir las controversias existentes en su comunidad, conducto de relación de la comunidad con el exterior). e) Las que se fincan en la experiencia del indígena (formar parte del Consejo de Ancianos, la asistencia a las asambleas, votar y ser votado en asamblea y la obligación de formar parte de las autoridades tradicionales).⁷³ El sistema de elección de autoridades indígenas, que conlleva la obligación social de aceptar los cargos, como una forma de contribución social a la comunidad, es importante también para el mantenimiento del sistema de derecho colectivo de la propiedad, porque la tierra y territorios, depende para su existencia de la administración especial, que recae en las autoridades comunales.

La clasificación que aporta Stavenhagen, en relación con las conductas prohibidas de acuerdo con la costumbre indígena, permite colegir que hay dos grandes categorías: a) Las conductas contra los individuos, en los cuales la facultad de activar los órganos encargados de aplicar la costumbre es la persona afectada, lo que en el derecho oficial se conoce como el derecho de acción privada; y b) Las conductas lesivas para la comunidad o contra los bienes de la comunidad, caso en que cualquier miembro de esta puede invocar la intervención de los órganos encargados de aplicar la costumbre o por la acción de oficio de las autoridades. Este sistema de control permite la existencia y perfecto funcionamiento de la propiedad colectiva en general y de la tierra o territorios en

⁷³ Cabedo Mallol, Vicente. *Análisis de las constituciones latinoamericanas. Regulación constitucional del derecho indígena en Iberoamérica*. En *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina. Análisis constitucional justicia y derecho oaxaqueño (México). Justicia y derecho Aymara (Perú)*, Antonio Peña Jumpa (Comp.), Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2002. p. 72



particular. La costumbre determina la forma de asignar porciones de tierra determinadas para una persona o familia, la herencia a sus descendientes de esa posesión y la forma de conservar y utilizar los recursos naturales del territorio.

El fundamento de la costumbre Indígena, como sistema de control social, se encuentra en los artículos 2, numeral 2, literal b); 5, literal b); 8, numerales 1 y 2; y 9, numeral 1, del Convenio 169. El artículo 2, exige a los Estados la adopción de medidas encaminadas a respetar la identidad social y cultural de los pueblos indígenas y sus costumbres, tradiciones e instituciones. La costumbre indígena es una de las más importantes instituciones de los pueblos indígenas.

El artículo 5, expresa que deberá “respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”.⁷⁴ El sentido gramatical del vocablo, integro es aquello que no carece de ninguna de sus partes. El respeto a las costumbres indígenas debe entenderse como la prohibición para los gobiernos de intervenir o afectar de alguna manera a las instituciones indígenas. Implica que las autoridades encargadas de la aplicación de las normas o costumbres lo deben hacer de manera independiente y sin interferencias del derecho oficial. No debe existir socavamiento de las instituciones, porque eso se interpretaría como un acto de agresión cultural y de negación de la autonomía. Una de las instituciones fundamentales para los pueblos indígenas es la propiedad colectiva de la tierra y territorios. El artículo 8 del Convenio 169, uno de los más específicos e importantes, prescribe que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en “consideración sus costumbres o derecho consuetudinario”.

En conclusión, la costumbre indígena es un sistema de normas o prácticas, que sirven de base para regular la vida de los miembros de la comunidad, en todas sus manifestaciones económicas, sociales y culturales. Por la costumbre, existe la convicción que la tierra pertenece a todos los miembros de la comunidad,

⁷⁴ Ibid. Artículo 5.



que se debe respetar la relación espiritual que existe con ella y reconocen los mecanismos para respetar la propiedad, además, para el goce y disfrute de los productos del trabajo con la tierra y de los recursos naturales que posee el territorio. La costumbre forma parte de la forma de vida de las comunidades indígenas.

1.6.3 La identidad cultural, tradiciones y forma de vida indígena en relación con la tierra

Los grupos indígenas son descendientes de las sociedades originarias de la época precolombina, asentadas en los territorios de lo que hoy es Guatemala. Tienen una herencia de sangre y de cultura con sus antepasados. La herencia de sangre está determinada por las características biotípicas, esto sin descartar algún grado de mestizaje de algunos de sus miembros, pero cohesionados como grupo social por la identidad cultural. La herencia cultural, está determinada por la preservación en el tiempo de su forma de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena, idiomas y valores. Todos estos elementos culturales están reconocidos por la Constitución de Guatemala, en los artículos 58 y 67.

El artículo 58 constitucional reconoce en derecho de identidad de los grupos étnicos de Guatemala. Esto incluye a los mayas, xincas, garífunas y pueblo ladino. Sin excluir a cualquier otro grupo social que mediante la inmigración se asiente en el territorio del Estado. Pero el artículo 66 de la Constitución, recoge la obligación de proteger a los pueblos indígenas que conforman la población. Esto ocurre mediante el reconocimiento y promoción de sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. La regulación constitucional tiene por objeto la protección de la identidad de los grupos indígenas. La protección constitucional del artículo 66 es específica para los pueblos indígenas. Pero la protección que otorga



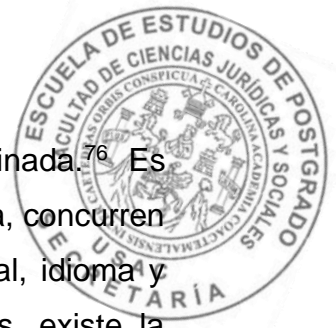
el artículo 58 de la identidad cultural es general, por lo que abarca a los pueblos ladino y garífuna.

Los mayas se distinguen del resto de la colectividad nacional, al igual que el pueblo Xinca, por la conservación en el tiempo de sus tradiciones, costumbres y forma de vida, pero también por la conciencia de su identidad indígena y este es el criterio fundamental que exige el Convenio 169, en el artículo 1.2, para hacerlos destinatarios de su contenido como pueblos indígenas.

La noción de la identidad cultural y la importancia de su reconocimiento como derecho, solo tiene sentido en una población articulada por diversos grupos étnicos, como ocurre en Guatemala. Es decir, en una sociedad multicultural. Esta situación por lo general, genera situaciones de contraste o conflictos entre los diversos grupos sociales. En el caso de Guatemala, claramente existe un grupo étnico dominante y las otras culturas, como las indígenas, sufren marginación, abusos y discriminación. Razón por la cual el principio de igualdad constitucional, igualdad de las culturas, para reconocer su derecho a la diferencia cultural es importante.

Manuel Espinoza Apolo expresa que la identidad se conforma de dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero, está conformado por las especificidades socioculturales objetivas, que definen la diferencia y conforman el bagaje cultural genuino de un grupo. En tanto, el elemento subjetivo, está determinado por la existencia de un Yo grupal, que se forma precisamente a partir del auto reconocimiento del grupo social o colectividad de su bagaje cultural.⁷⁵ La identidad cultural, la define Manuel Espinosa Apolo, como la propiedad por la cual un grupo se constituye como una unidad cultural específica en sí misma y para sí. De esta manera expresa el autor, el problema de la identidad cultural, supone la correspondencia entre el ser cultural, que está constituido por el bagaje genuino y

⁷⁵ Espinoza Apolo, Manuel. *Los mestizos ecuatorianos y las señas de identidad cultural*. 3ª, edición, Editorial Tramasocial, Quito, Ecuador, 2000. p. 11



su conciencia, el Yo grupal, en una colectividad históricamente determinada.⁷⁶ Es evidente que para el caso de las comunidades indígenas de Guatemala, concurren los dos elementos. Su forma de vida, costumbres, organización social, idioma y prácticas tradicionales son distintos a la cultura dominante. Además, existe la conciencia grupal de su identidad cultural, ese Yo grupal a la que hace referencia Espinoza Apolo, porque han puesto en práctica la resistencia cultural por varios siglos, para impedir la asimilación por parte de la cultura dominante y seguir existiendo como pueblos indígenas culturalmente diferenciados.

En cuanto a las tradiciones culturales, también en cita de Manuel Espinosa Apolo, las define como formas estandarizadas de comportamiento colectivo, que es resultado de la fijación, acumulación y transmisión en el espacio-tiempo de experiencias queridas por los miembros de una comunidad histórica particular en su proceso de adaptación al medio ambiente natural y a las condiciones sociales globales que enmarcan, constriñen y limitan al grupo. Termina expresando el autor que las tradiciones culturales presuponen ritos, hábitos y costumbres.⁷⁷ La fijación y estandarización de las tradiciones indígenas, hacen que se mantengan de generación en generación. Desde luego que, la cultura como todo en la vida es dinámica y cambiante. De manera que los pueblos indígenas, en contacto constante con la cultura occidental, de hecho, aceptan innovaciones culturales, que adaptan e integran a su cultura. En Guatemala, claramente el traje indígena es un ejemplo de ello, introducido por la cultura española, de hecho, como una forma de control social en la época de la colonia, fue aceptada por los pueblos indígenas y le agregaron elementos de su cultura, de la cual hoy se sienten muy orgullosos y que forma parte de su identidad cultural. Las innovaciones deben ser aceptadas espontánea y voluntariamente, y no ser producto de una imposición.

La forma de vida indígena se debe entender como la conciencia y práctica de las comunidades indígenas de vivir, según sus tradiciones y costumbres. Vivir, según lo hicieron sus antepasados. Para Vladimir Aguilar y Linda Bustillos

⁷⁶ Ibid. p. 13

⁷⁷ Ibid. p. 106



Ramírez, se caracteriza por la decisión de asegurar su integridad física y sociocultural, que no es más que preservar sus formas de vida ancestrales. Expresan los autores que forma parte de un mecanismo de resistencia cultural sin que esto necesariamente implique aislamiento.⁷⁸ Por su parte Roque Roldán Ortega, señala que la forma de vida ancestral de los pueblos indígenas, se expresa en la práctica de las costumbres, derecho consuetudinario y las instituciones propias, que constituyen los modelos de comunidad y familia que todos sus miembros respetan.⁷⁹ Se puede verificar como los conceptos de costumbres, forma de vida y tradiciones de los pueblos indígenas, están íntimamente relacionados.

Además, todos esos elementos, costumbres, tradiciones y forma de vida, desde la subjetividad indígena, forman parte de su cosmovisión del mundo. Lo expresado por la Corte en el caso Xákmok Kásek es revelador al respecto. Expresa el tribunal de derechos humanos que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas, corresponden a una forma de vida en su forma particular de ser, ver y de actuar en el mundo, que está constituida por su estrecha relación con las tierras tradicionales de la comunidad y los recursos naturales, no solo por ser su principal medio de subsistencia, sino porque además constituyen elementos integrantes de su cosmovisión, religiosidad y, por lo tanto, de su identidad cultural.⁸⁰

La Constitución Política del Estado de Guatemala, como pacto social de todos los guatemaltecos, debe reflejar los ideales de progreso, desarrollo, justicia, igualdad, libertad, paz y bien común de toda la sociedad. En su preámbulo la

⁷⁸ Aguilar, Vladimir y Linda Bustillos Ramírez. *Pueblos aislados y en contacto inicial: caso Venezuela*. En Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra. 20-22 de noviembre de 2006. Editorial TAREA Asociación Gráfica Educativa, Alejandra Parellada (Comp.), Copenhague, 2007. p. 164

⁷⁹ Roldán Ortega, Roque. *Manual para la formación de Derechos Indígenas*. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales. 2ª, edición, Ediciones Abya Yala, Quito, Ecuador, 2005. p. 333

⁸⁰ Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 24 de agosto de 2010. Párrafo 37 de la sentencia. Párrafo 174 de la sentencia.

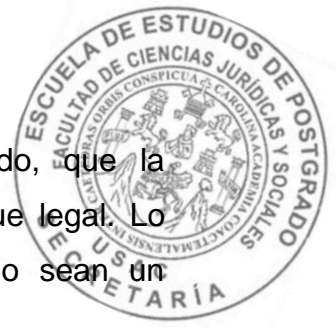


Constitución claramente expresa que todos esos principios y valores están “inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural”. Pero, a qué antepasado y herencia cultural hace referencia la Constitución. Debe ser a los antepasados de todos los grupos étnicos que forman parte de la multiculturalidad de Guatemala. De manera que desde su prólogo la Constitución refleja las costumbres, tradiciones y cultura indígena, como lo reconoce los artículos 58 y 67 de la Constitución.

1.7 El multiculturalismo en la Constitución de Guatemala y las tierras comunales indígenas

La multiculturalidad, si apelamos a la expresión gramatical, entendemos que consiste en la existencia de varias culturas en un mismo territorio de un Estado determinado. Pero, como política de Estado, constituye algo más que la simple yuxtaposición de varias culturas. Expresa Pierre Paulin Onana que multiculturalidad implica que cada colectivo social presente en el contexto, desarrolla su cultura independientemente. Tiene que existir igualdad, el respeto y el reconocimiento de todas las partes en juego, aunque no compartan o no intercambien entre sí valores culturales. De manera que, cada cultura debe vivir libremente, sin estar sujeta a ningún tipo de presión por parte de las demás que existen en el mismo entorno o territorio nacional.⁸¹ La definición deja claro que el reconocimiento de la multiculturalidad, desde el punto de vista legal, por la importancia del tema, solamente puede venir desde la Constitución del Estado. La Constitución como pacto social de convivencia y reconocimiento de derechos fundamentales, debe reflejar la diversidad y el respeto a las diferencias de todo tipo. La diversidad cultural constituye una riqueza y debe valorarse desde la Constitución. El multiculturalismo implica el reconocimiento de la existencia de múltiples culturas, pero, a la vez, involucra muchos otros derechos constitucionales más, como la igualdad, no discriminación, el reconocimiento de derechos específicos relacionados con la cultura, como es el caso de las

⁸¹ Onana Atouba, Pierre Paulin. Discriminación, multiculturalidad e interculturalidad en España. Un análisis desde la escolarización de la infancia subsahariana. IEPALA Editorial, Madrid, España, 2006. p. 214



comunidades indígenas. También deja claro el concepto analizado, que la multiculturalidad es una realidad y no se reduce a un simple enfoque legal. Lo ideal es que la Constitución y las leyes reflejen la realidad, y no sean un planteamiento de buenas intenciones.

En Guatemala, a nivel constitucional, se reconoce la multiculturalidad. En la Constitución, si nos atenemos a lo que establece el artículo 58, se instituyó la obligación de respetar la identidad cultural de todas las personas y todas las comunidades de cualquier grupo étnico. Mientras el artículo 66, establece el mandato de reconocer y promover los elementos de la cultura de los pueblos indígenas. Por otra parte, Guatemala firmó con la Unidad Revolucionaria Guatemalteca, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas en 1995, el que establece las políticas y derechos que el Estado debe reconocer en favor de las comunidades indígenas. Indica Rachel Sieder, que con la aprobación de reformas constitucionales para reconocerse como multi o pluricultural, se extendió lo que Donna Van Cott ha llamado un modelo latinoamericano de constitucionalismo multicultural.⁸² Por otra parte, agrega que la multiculturalización del Estado de Guatemala no fue producto de reformas constitucionales o una nueva Constitución, como resultado de grandes movilizaciones indígenas, como ocurrió en países como Bolivia o Ecuador, pues los dos artículos que pueden servir como base legal para el reconocimiento de las normas, procedimientos y decisiones de las autoridades indígenas, son producto de la creación de la transición de un régimen militar al civil, y no representó un intento de multiculturalizar al Estado o de reconocer la identidad étnica.⁸³ La Constitución de Guatemala de 1985, producto del retorno a la democracia, tiene el mérito de ser la primera Constitución de Latinoamérica en reconocer el multiculturalismo, pese a las circunstancias que señala Rachel Sieder, lo que

⁸² Sieder, Rachel. Entre la multiculturalización y las reivindicaciones identitarias. Construyendo ciudadanía étnica y autoridad indígena en Guatemala. En documento: Multiculturalismo y futuro en Guatemala. Bastos Santiago (Comp.), FLACSO/OXFAM, Guatemala, 2008. p. 75

⁸³ *Ibid.* P. 78



explica que su desarrollo no sea tan importante y detallado como otras constituciones de la región.

Lo cierto es que Guatemala es un país conversador, con pautas muy marcadas de discriminación a los grupos indígenas y garífuna. Estas desafortunadas circunstancias, no han permitido que el multiculturalismo reflejado en la Constitución, sea una realidad en la vida de las comunidades indígenas. Expresa Rachel Sieder, que en la vida nacional han existido dos momentos que muestran los límites iniciales del proceso de multiculturalización, siendo el primero la resistencia que hubo en el Congreso para la aprobación del Convenio 169 y el segundo, el rechazo del paquete de reformas a la Constitución en la consulta popular de mayo de 1999.⁸⁴ Le asiste la razón a la citada autora, ya que en las citadas reformas constitucionales, el multiculturalismo iba a quedar plasmado de forma más clara y evidente, al darse el reconocimiento expreso del derecho indígena y el derecho de las comunidades a elegir sus propias autoridades, de acuerdo con sus procedimientos.

La verdad es que, en la realidad, la multiculturalidad se queda en un vacío discurso político, sin verdaderos resultados para impactar en la vida de las comunidades indígenas, principalmente en el tema del respeto del derecho de propiedad colectiva de la tierra y sus territorios, pese al contenido del artículo 67 que establece la protección especial de estas. De esta manera lo expresa Demetrio Cojtí Cuxil, cuando señala que los gobernantes, de todos los tiempos, no han pasado del discurso a los hechos, lo que viene a incidir en forma negativa en la valoración de los indígenas hacia el Estado y el sistema democrático, como en la apreciación de la clase política y dirigencial no indígena.⁸⁵ Lo cierto es que en la Constitución existen bases sólidas para el desarrollo del multiculturalismo en Guatemala, lo que corresponde hacer a todos los guatemaltecos. La Constitución debe ser dinámica, un instrumento vivo y reflejar los derechos y reivindicaciones

⁸⁴ Loc. cit.

⁸⁵ Cojtí Cuxil, Demetrio. Ri K'ak'a' Saqamaq' pa liximulew. La difícil transición al Estado multinacional. Cholsamaj, Guatemala, 2005. p. 16



que, en cada momento histórico del país, constituyan el ideal de materialización de la dignidad humana para todos los miembros y comunidades que conforman la sociedad. El texto constitucional contiene las bases para dar al multiculturalismo su verdadera dimensión, la que está llamada a desarrollarse en forma detallada en leyes ordinarias.

En el articulado que existe de base para la expresión del multiculturalismo en Guatemala ningún tema puede ser señalado de más importante para afianzar la multiculturalidad, que el desarrollo efectivo del mandato del artículo 67 constitucional, que dispone una protección especial para las tierras comunales indígenas. La cultura maya y xinca, gira alrededor de la tierra, la que determina la forma de vida, las tradiciones, la identidad cultural y la cosmovisión en general de las comunidades indígenas. De manera que la protección de las tierras comunales, como lo dispone el referido artículo, es determinante para la subsistencia material y espiritual de los pueblos indígenas de Guatemala.

Es importante tener mayor claridad acerca del contenido del artículo 67 de la Constitución y del derecho a la identidad cultural, de la costumbre, tradiciones y forma de vida de los grupos étnicos de Guatemala, de conformidad con los artículos 58 y 66 del texto constitucional.

1.8 Distinción entre tierra, territorio y hábitat indígena

Suele utilizarse indistintamente los términos territorio, tierras y hábitat indígena. Pero desde la clase de relación de las comunidades indígenas tienen con su entorno son distintos. El análisis sistematizado de las comunidades indígenas con el espacio físico que ocupan y con el que se interrelacionan es necesario para la comprensión de su verdadera dimensión. Entonces ¿Qué se debe entender por tierra, territorio y hábitat indígena?



El territorio indígena es uno de los conceptos más complejos por definir cuando se trata de los derechos de los pueblos indígenas. El tema es tan importante, que diferentes sectores están interesados en influir en su determinación. Roberto Balza Alarcón, proporciona un claro ejemplo de la diversidad de opiniones, todas interesadas por estar ligadas a intereses sectarios, económicos o ideológicos, para determinar los elementos que deben considerarse desde el punto de vista jurídico del territorio indígena. Dos de los enfoques que señala el citado autor es la de los conservadores, que ligan el término territorio indígena al tema de soberanía y unidad del Estado, lo que provocaría su reconocimiento la división del Estado. Por otra parte están los progresistas que con una finalidad claramente económica, buscan potenciar las culturas originarias para liberarlas e integrarlas al desarrollo económico social, y no para mantenerlas en un estado de contemplación de culturas de museo, por lo que están en favor del reconocimiento del territorio comunitario indígena como una condición para propiciar el desarrollo del agro.⁸⁶

Lo que se puede concluir de la diversidad de criterios y opiniones, en su mayoría interesados en la definición del concepto de territorio indígena, es que el único enfoque que debe tener importancia y validez es la de los propios pueblos indígenas. El sentido común nos indica que la definición del territorio por las comunidades indígenas no puede ser arbitrario. Existen elementos concretos que permiten determinar el alcance geográfico del territorio indígena. El elemento principal es la ocupación ancestral del territorio y la cosmovisión. Es decir, un elemento objetivo de posesión ancestral del territorio, aunque la hayan perdido en la actualidad y el elemento espiritual, lo que significa que en el espacio geográfico hay lugares que tienen importancia y un significado especial desde su espiritualidad.

⁸⁶ Balza Alarcón, Roberto. *Tierra, territorio y territorialidad indígena. Un estudio sobre evolución en las formas de ocupación del espacio del pueblo indígena chiquitano de la ex-reducción jesuita de San José*. IWGIA, Bolivia, 2001. Pgs.64-65



La identidad indígena es compleja- señala Silvina Ramírez, porque está inextricablemente unida a un territorio que debe ser preservado. La identidad se encuentra retroalimentada por el espacio físico, ya que sin este se vuelve prácticamente imposible la sobrevivencia como pueblo, donde se desarrolla la vida, la cultura, espiritualidad y se plasma su cosmovisión, por lo que territorio e identidad forma parte de un entramado de derechos.⁸⁷

La necesidad de la preservación del territorio, sumerge a las comunidades indígenas en un dilema existencial en la actualidad. Han sido despojados de sus territorios sistemáticamente y para aquellos que aún conservan un territorio, limitado y escaso, deben hacer posible una de las principales exigencias de su cosmovisión, la de conservar el territorio, porque es un elemento vivo de la naturaleza, unido a todos los ciclos de vida y a la vez resolver el imperativo problema de obtener los recursos de ese territorio para sobrevivir, que en la mayoría de los casos son cada vez más limitados.

Pero qué es el territorio desde la perspectiva de los propios pueblos indígenas. Silvina Ramírez, quien no comparte la idea de la complejidad del concepto de territorio indígena, manifiesta que es más comprensible de lo que se piensa, ella permite un acercamiento al concepto contraponiendo las dos versiones culturales. Desde la mirada occidental, apuntala, el derecho a la tierra se reduce a la superficie geográfica de un determinado espacio, pero no comprende el resto de la naturaleza que lo circunda, como ocurre con la visión indígena, para quienes el territorio es un concepto mucho más complejo, que incluye suelo, subsuelo, el hábitat todo, lo que también comprende la flora y la fauna.⁸⁸

Se aprecia como la visión limitada occidentalista, se reduce a un espacio con fines de explotación material. Para el indígena, por el contrario, el territorio es

⁸⁷ Ramírez, Silvina. *Pueblos indígenas, identidad y territorio. Sin territorio no hay identidad como pueblo*. En Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 15, núm. 1, Italia, 2017. p. 16

⁸⁸ Ibid. p. 13



el espacio de la madre tierra – Pachamama – que lo circunda, con todos sus elementos vitales ligados, activos, determinándose mutuamente, en equilibrio y armonía perpetua. Territorio es entonces, toda el área de influencia cultural de un pueblo indígena, sobre las tierras que ocuparon sus ancestros. Es de entender que, en esos territorios, pueden existir porciones de tierra en poder de personas no indígenas. Eso puede suceder en especial en países como Guatemala, que en la actualidad está ocupada casi en su totalidad territorial. Esta interpretación es confirmada por Amelia Alva Arévalo, quien señala que el concepto de territorio cubre el total del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan, mientras que el concepto de tierras está basado en la ocupación tradicional, el cual comprende aspectos individuales y colectivos en la forma de ocupación.⁸⁹

Para algunos puede parecer, muy amplio y extensivo la interpretación que se propone para los territorios indígenas. Pero la interpretación que se hace es la correcta, porque el artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169), es un claro indicador de ello. El referido artículo en el párrafo uno, expresa, además de indicar que se debe reconocer el derecho de propiedad y de posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan; que se deberán tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para las actividades tradicionales y de subsistencia. Esta disposición que parece *ad hoc*, para los pueblos nómadas y los itinerantes, no deja de tener importancia para los pueblos indígenas guatemaltecos. Pensemos en sitios rituales o sagrados, que estén ubicados en tierras de propiedad particular no indígenas, en la actualidad. Esos lugares y territorios forman parte indudablemente del área de influencia del pueblo indígena de que se trate y debe constituir un límite a la propiedad privada de quien la

⁸⁹ Amelia Alva Arévalo. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho internacional*. Cuadernos Deustos de Derechos Humanos, número 76. Editorial de Deusto, Bilbao, España, 2014. p. 39



posee. Es un límite legítimo, establecido en interés público, en favor de las comunidades indígenas.

En cuanto a lugares a los cuales hayan tenido acceso para actividades de subsistencia, pensemos en territorios que tradicionalmente han ocupado para la caza o la pesca. Es otro límite de esas tierras y que debe soportar quien tenga la titularidad de la propiedad. El Estado tiene la obligación de establecer normativas, para que no se perturbe a los pueblos indígenas, para continuar con sus actividades en las áreas de influencia de los territorios que tradicionalmente ocuparon sus ancestros y a la vez se respete a los propietarios actuales, con las limitaciones ya indicadas por razones de interés público. Pensemos por un momento en la relación espiritual y ancestral que los pueblos indígenas de la cuenca de Atitlán tienen con el lago. Ningún propietario de tierras en la cuenca del lago, tiene la facultad de limitar las actividades de pesca o religiosas de las comunidades indígenas en las aguas del lago.

Por su parte, Vadillo Pinto y Costa Monje adicionan al concepto de territorio indígena el elemento político, sin el cual no estaría completo en las condiciones actuales, que deben luchar contra el poder hegemónico del Estado. En el concepto de territorio, señalan enfáticamente, se unen dos aspectos: por una parte está el ejercicio de derechos de propiedad de la tierra y recursos naturales renovables que en ella se encuentran; por otra parte, está el control político, poder y administración.⁹⁰ Se puede afirmar que la propiedad colectiva del territorio indígena, conlleva la facultad de la comunidad como titular del derecho de propiedad, de disponer de los recursos del territorio, de tomar las medidas para preservarlo, en congruencia con la concepción de que el territorio está conformado por la tierra como elemento vivo y la de administrar lo relativo al mismo y las relaciones de la comunidad.

⁹⁰ Vadillo Pinto, Alcides y Patricia Costas Monje. *Autonomía indígena tiene su propio sello en Charagua*. En *Reconfigurando territorios: reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*. Informe 2009, Fundación Tierra, Juan Pablo Chumacero (Comp.), la Paz, Bolivia, 2010. p. 278

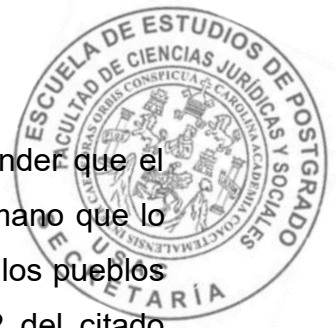


El territorio conjuga los elementos jurídicos, que garantizan la propiedad o posesión del territorio, lo político que es la autoridad que ejerce en él la comunidad y lo cultural, las ideas que conforman la cosmovisión especial que tienen acerca del territorio. Por ello encaja a la perfección la definición de territorio indígena de Echeverría y Rincón, para quienes es el espacio significado, socializado, culturalizado, mediante las diversas expresiones, apropiaciones y defensas culturales, sociales, políticas, económicas que se hacen del territorio; pero a la vez lo adquiere en las diversas lecturas que se le hacen, al ser registrado en la memoria y además valorado e imaginado de múltiples maneras, ritualizado o mitificado.⁹¹

El Convenio 169 define concretamente qué se debe entender por territorio indígena. Lo cual es comprensible y oportuno, porque los pueblos indígenas de cada uno de los Estados partes del convenio, deben intervenir en la determinación del territorio indígena, de conformidad con su cosmovisión y prácticas ancestrales. No obstante, el Convenio contiene algunas claves que permiten tener una aproximación a las características del territorio indígena.

El numeral 4, del artículo 7 del Convenio 169, señala que los gobiernos deberán tomar las medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. Está claro entonces, que no es el espacio físico que trabajan o habitan, sino todos los elementos que conforman el medio ambiente de esos territorios: ríos, litorales marítimos, montañas, subsuelo y espacio aéreo que es parte del biosistema territorial como elemento vivo. Mientras que la diferenciación que el Convenio hace de los términos tierra y territorio, se deduce de lo establecido en el artículo 13, numeral 2, cuando señala 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. Por otra parte, arroja

⁹¹ Echeverría Ramírez, María Clara y Análida Rincón Patiño. *Ciudad de territorialidades: polémicas de Medellín*. Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios de Hábitat Popular, Medellín, Colombia, 2000. p. 16



luz sobre otro término: hábitat. De lo expuesto, es importante comprender que el hábitat indígena es el territorio en su relación dinámica con el ser humano que lo ocupa, porque comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan”, como bien lo señala el artículo 13, numeral 2 del citado Convenio.

Expresa Sánchez que el hábitat no es una cosa, un objeto, sino un fenómeno procesual y fluido en permanente cambio.⁹² Es, entonces, el accionar del ser humano dentro del territorio, conjugando su accionar con todos los elementos naturales que conforman el territorio. Por ello Sánchez insiste en que es un sistema de procesos que implican interacciones dinámicas entre ser humano y su mundo. Esto representado en un modelo trídico compuesto de las interacciones habitante-naturaleza-sociedad. El hábitat (cosas) es juntamente con el habitar (acciones) y el habitante (ideas, sentimientos, cultura), un todo integrado e indisoluble.⁹³

El hábitat es, en resumen, ver el paisaje natural, conformado por valles, ríos, montañas, flora y fauna, con el ser humano como parte de esa visión. Esa interacción del ser humano con su entorno, solo puede ser la de los seres humanos interactuando en armonía con el territorio, solo de esa manera se puede hablar de hábitat. El indígena tiene un hábitat. El ser humano con mentalidad occidental, solo es un elemento discordante en un entorno que trata constantemente de someter, de despojar de los elementos que lo componen: una relación destructiva.

Por último, está la precisión del concepto de tierras indígenas. Es Roberto Balza Alarcón, quien las define como las que constituyen las tierras ocupadas por la comunidad o poseídas por los pueblos indígenas. Agrega que cuando la comunidad ya no cuenta con la ocupación ancestral del espacio de su hábitat, que

⁹² Sánchez, J. *El hábitat no es una cosa*. En Revista “¿Qué es el Hábitat?” CEHAP, vol. 5, Facultad de Arquitectura, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2009. p. 119

⁹³ Loc. cit.



comprende su espacio socioeconómico, el utilizado para actividades de producción, caza, pesca y recolección, solo merecen el reconocimiento de tierras de comunidad.⁹⁴ Las tierras indígenas, en sentido estricto *sensu*, son el espacio reducido que ocupan, para sus actividades productivas. No comprende su entorno, los ríos, litorales marítimos, montañas, subsuelo y espacio aéreo. Es el indígena aislado de su entorno, reducido a una porción de tierra comunitaria.

1.9 El problema de la tierra indígena en Guatemala

En Guatemala, el problema de la tierra tiene profundas raíces históricas. El país tiene 22 etnias de origen maya. La tierra está en el centro de su cosmovisión, como madre sagrada, de la cual obtienen el maíz, alimento que, según su cosmogonía dio origen a la creación del hombre por sus dioses. Durante la conquista española perdieron sus señoríos y lo mejor de sus tierras. Fueron sometidos para apropiarse de su fuerza de trabajo, quedando sujetos a trabajos forzados durante todo el periodo colonial. Pero el conflicto de la tierra es un problema actual, que crea gran conflictividad en el país, pese a las disposiciones constitucionales que establecen la protección de la propiedad colectiva de la tierra.

En la historia colonial de los mayas, expresa Demetrio Cojtí Cuxil, el despojo y la expropiación de sus tierras ha sido permanente. Apunta que sobre todo el robo de sus tierras se ha dado en tres periodos precisos donde estos fueron masivos: en 1524 por parte de los invasores españoles, en 1871 por parte de los liberales, quienes se valieron de Justo Rufino Barrios para privatizar y reducir al máximo las tierra comunales indígenas y en 1980, con las titulaciones supletorias que facilitaron la expropiación de tierras, sobre todo, en Izabal y Petén.⁹⁵

⁹⁴ Balza Alarcón, Roberto. Op. cit. p. 74

⁹⁵ Cojtí Cuxil, Demetrio. *Políticas para la reivindicación de los mayas de hoy. Fundamentos de los derechos específicos del pueblo maya*. Editorial Cholsamaj SPEM, Guatemala, 1994. p. 42



Efectivamente, el primer gran despojo de la tierra perteneciente a las comunidades indígenas que habitaban lo que hoy es el territorio de Guatemala, se inicia con la conquista española. Esa conquista militar, expresa Cambranes, significó el avasallamiento de las ciudades-estados indígenas y el traslado de la propiedad por el derecho de los vencedores de todas las tierras que se encontraban bajo la jurisdicción de los gobernantes nativos a la Corona española.⁹⁶ De ello se deriva el término legal tierras realengas, que significaba que en primer término el rey de España era el dueño y señor de todas las tierras, por lo que era el único poder del cual se podían obtener tierras en propiedad, tanto por parte de los españoles, como de los propios indios, de las tierras que una vez les pertenecieron. De esa cuenta, agrega Cambranes, que Pedro de Alvarado y el cabildo español recién establecido, se encargaron de tomar posesión de estas tierras realengas y de efectuar las primeras distribuciones entre los invasores.⁹⁷

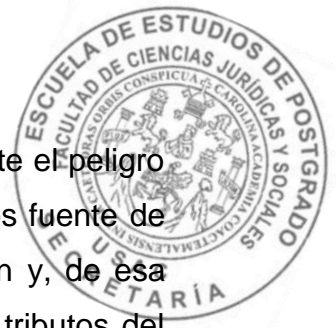
Guatemala era parte del Nuevo Mundo, por lo que, obviamente, en esa época, existían grandes extensiones de tierra, pero los españoles se apropiaron de las mejores tierras cultivables de los indígenas. No vinieron a desmontar las montañas para formar pastizales y campos de cultivo con su propio esfuerzo. Agrega Cambranes, que cada nueva ciudad o villa española debía estar dotada de tierras para sus vecinos, peonías y caballerías para sus pobladores y tierras suficientes para propios y ejidos de las ciudades y pueblos.⁹⁸ De esta forma, fue sustituida la tenencia de la tierra, según las prácticas precoloniales, pasando a formar parte de un solo propietario, un rey que estaba a miles de millas de distancia, lo que otorgaba libertad a sus súbditos de apropiarse y distribuir a su antojo la tierra, como la fuente más importante de riqueza de lo que hoy es Guatemala.

El factor económico que impidió que todas las tierras cultivables pasaran a poder de los españoles, fue la circunstancia que, una vez pasada la primera etapa

⁹⁶ Cambranes, J. C. Op. cit. p. 101

⁹⁷ Loc. cit.

⁹⁸ Ibid. p. 102

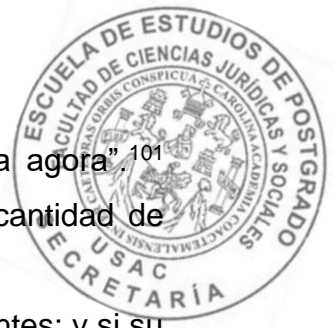


brutal de la conquista, en la que los indígenas fueron esclavizados, ante el peligro de su extinción, lo cual no podía permitirse, porque eran en sí mismos fuente de riqueza, fue convertirlos en súbditos de la Corona para que tributaran y, de esa manera, debían tener tierras para su subsistencia y para obtener los tributos del rey. Fue por medio de las llamadas Leyes Nuevas de Barcelona de 1542, que se abolió la esclavitud y se convirtió a los indígenas en tributarios de la Corona. Señala al respecto Lucena Salmoral que, a pesar de las reacciones que el espíritu de las Leyes Nuevas suscitó, se cumplió el aspecto antiesclavista. Para el caso de Guatemala, fue el licenciado Alonso López de Cerrato, quien fuera designado presidente de la Audiencia, quien llegó en mayo de 1548, este procedió con energía y logró liberar a varios cientos de esclavos.⁹⁹ Producto de la nueva legislación de indias, principalmente de las Leyes Nuevas de Barcelona, que aunque fueron abolidas, algunas de sus principales disposiciones se mantuvieron, señala Lucena Salmoral, que la tierra para los pueblos de indios fue otorgada, aunque en proporciones menores de las que inicialmente habían acordado los reyes de España, por lo que las autoridades tuvieron que cuidar, obligadas por las disposiciones protectoras de los indios, de mantenerles la propiedad de sus tierras.¹⁰⁰ Al proporcionar tierras a los pueblos de indios, se mantuvo una de las formas de propiedad, la más importante de la época precolombina, como la propiedad colectiva, porque todo el pueblo, con los principales a la cabeza era el titular de esta. Esta disposición fue muy inteligente por parte de los reyes de España, porque era la forma de propiedad que la masa de indígenas comunes conocía y que concordaba con su cosmovisión del mundo.

En la famosa obra *La Recordación Florida*, Antonio de Fuentes y Guzmán, descendiente de conquistador, a manera de lamento, señala que “En toda la provincia no hay minas de oro ni plata ni hierro ni azogue ni plomo ni cobre ni

⁹⁹ Lucena Salmoral, Manuel. *Historia General de España y América. El descubrimiento y fundación de los reinos ultramarinos, hasta finales del siglo XVI.* Tomo VII, Ediciones Rialp, S. A, Madrid, España, 1982. p. 478

¹⁰⁰ Loc. cit.



estaño ni acofar ni salinas ni alumbres; ni se han descubierto hasta ahora”.¹⁰¹ Seguidamente, hace referencia a la necesidad de cultivar la mayor cantidad de tierras posibles, usando, claro está, la fuerza de trabajo indígena:

En la dicha provincia, como dicho está, hay muchas tierras vacantes; y si su Majestad metiese en ella quatro mil indios más de los que hay, se acrecentarían los tributos Reales a Mill cargas de cacao, que valen veintidós mil pesos y ahora no le vale a su Majestad el tributo de quatrocientas cargas de cacao, que valen ocho mil y ochocientos pesos.¹⁰²

La propuesta era la de traer desde Nueva España, lo que hoy es México, los cuatro mil indios, porque eso representaba más indígenas para las encomiendas, porque estos además de trabajar sus tierras, debían, mediante los repartimientos de indios, trabajar la de los hacendados del lugar.

Para Rojas Lima, las reducciones de los indios en pueblos, está relacionada con la evangelización y con la necesidad de protegerlos de los abusos de los colonizadores. Señala que personajes como Fray Bartolomé De las Casas, Marroquín y otros religiosos, quienes pedían que se prohibiera la permanencia y hasta el ingreso de españoles, negros, mulatos y otras castas a los pueblos de indios. Pero, a la vez, advierte que en las reducciones, se localiza uno de los puntos del origen de depredación de las tierras que sufren los indios de Guatemala desde el siglo XVI.¹⁰³

Lo cierto es que, en la actualidad, en Guatemala, los pueblos indígenas continúan en pie de lucha por la defensa de su cultura y sus tierras, como lo expresan en la declaración de Iximché, cuando indican que los indígenas guatemaltecos nunca aceptaron pasivamente la dominación de la que han sido objeto y cita las palabras de líderes indígenas que en 1980 escribieron:

¹⁰¹ De Fuentes y Guzmán, D. Francisco Antonio. *Historia de Guatemala o Recordación Florida*. Tomo I, Editor Luis Navarro, Madrid, España, 1882. p. 427

¹⁰² Ibid. p. 428

¹⁰³ Rojas Lima, Flavio. *Los indios de Guatemala*. 2ª. Edición, Ediciones Abya Yala, Ecuador, 1995. p. 245



Frente a todos estos hechos salvajes de los invasores y sus descendientes ricachones y su gobierno en complicidad con los ricos de otros países [...] frente a la persecución, amenazas, torturas, despojos de tierras, engaños y masacres, mediante el ejército nacional y cuerpos de policía y bandas de matones, politiqueros [...] frente a todo eso, el pueblo indígena jamás ha dejado de luchar. La historia y el presente son un testimonio de nuestra constante lucha. Desde la invasión española de 1524 nuestros abuelos quichés, tzutujiles, pocomames, mames, kekchíes y otros pueblos más pelearon con decisión y coraje para defender sus vidas, sus tierras y su cultura.¹⁰⁴

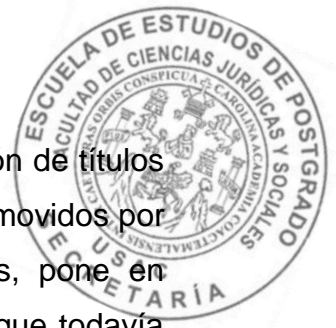
En cuanto a Guatemala, Rojas Lima desarrolla el tema de la tierra y la ideología de los indios, expresando que, en el largo proceso de la historia de Guatemala, resulta difícil encontrar una solución de continuidad, sobresalen dos temas recurrentes que constituyen los dos puntos esenciales de la situación de conflicto permanente en las relaciones interétnicas: la tierra y la ideología. Agrega que en esa conjugación, en la relación entre los elementos materiales como la tierra y los ideológicos como la religión, se pueden apreciar instituciones particulares de la conquista y la colonización de los siglos XVI al XVIII, entre las que destaca: la encomienda, el trabajo forzoso, la ideología y el derecho.¹⁰⁵

Cambranes destaca que, aunque la Corona Española les reconoció a los indígenas la posesión de las tierras que trabajaban y su condición de súbditos, solo fue cosa de tiempo para que la tierra y los hombres que las cultivaban llegaran muy pronto a ser la verdadera riqueza de Guatemala y apoderarse de la tierra y la fuerza de trabajo fue la tarea a la que se entregaron los invasores. Aplicando la política que “las leyes se acatan, pero no se cumplen”,¹⁰⁶ las autoridades coloniales se hicieron de la vista gorda cuando los colonialistas empezaron a agrandar sus posesiones a costa de tierras realengas y del despojo

¹⁰⁴ Declaración de Iximché, de los pueblos indígenas de Guatemala, febrero de 1980.

¹⁰⁵ Rojas Lima, Flavio. Los indios de Guatemala. Op. cit. p. 242

¹⁰⁶ Cambranes, J. C. Op. cit. 106



de sus tierras a las comunidades indígenas. Agrega que la presentación de títulos de los antiguos linajes indígenas y los reclamos y pleitos judiciales promovidos por los campesinos descontentos por el despojo de que eran víctimas, pone en evidencia que se había iniciado una época de conflictos con la tierra que todavía no termina.¹⁰⁷

Las condiciones de vida de la época colonial en Guatemala fueron sumamente duras para las comunidades indígenas. Si bien la situación de estos, paradójicamente empeoró con la independencia de España. Una muestra, como lo señala el Centro de Estudios de Guatemala, de las duras condiciones de la vida colonial, son las revueltas lideradas por Atanasio Tzul y Lucas Aguilar en la región de Totonicapán, quienes incluso elaboraron una Constitución y abolieron el tributo: movimientos que fueron resultado de las infamantes condiciones de vida, contra el robo de sus tierras, contra la explotación y opresión que padecían de parte de las autoridades y terratenientes.¹⁰⁸ Todos sabemos que la historia oficial ha tergiversado estos movimientos, haciéndolos coincidir con los movimientos de independencia de España, como una intervención patriótica indígena en pro de la República. Pero nada más alejado de la verdad, de esta manera lo evidencia el Centro de Estudios de Guatemala, cuando acota que esos movimientos no deben interpretarse como antecedentes de la independencia ni mucho menos como causas, las cuales más bien constituyeron un estímulo para que los latifundistas y grandes comerciantes criollos se apresuraran a declarar la independencia, ante la imperiosa posibilidad que el descontento y rebeldía de los indígenas pudiera cristalizar en una independencia de otro signo.¹⁰⁹ Esto viene a confirmar que la independencia fue un movimiento clasista, principalmente de los criollos liberales y conservadores, a quienes les estorbaba el poder colonial para explotar libremente a los indígenas y disponer de las riquezas del país. Movimiento independentista del cual estuvieron excluidos las comunidades indígenas y como se ha

¹⁰⁷ Loc. cit.

¹⁰⁸ Centro de Estudios de Guatemala. *Guatemala entre el dolor y la esperanza*. Diputación Provincial de Valencia, Universitat de Valencia, Luis Eduardo Martínez de León (Comp.), Valencia, España, 1995. p. 27

¹⁰⁹ Loc. cit.



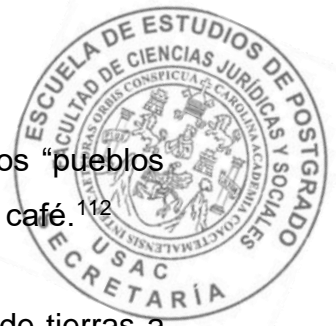
demostrado por la historia, en la vida republicana sus condiciones de vida empeoraron como veremos.

En la época independentista, después de un periodo de relativa tranquilidad que viven los indígenas en el régimen conservador, viene otro periodo de despojos y tribulaciones para las comunidades indígenas, con la introducción y el auge del café como monocultivo en Guatemala. Con respecto a la segunda etapa liberal que inicia con la Revolución de 1871, señala la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG), que en cuanto a la igualdad, a partir de la independencia y la ideología liberal, las constituciones establecieron el derecho a la igualdad ante la ley, de manera que eliminaron la diferencia de los regímenes jurídicos y borrarón la palabra “indio” de sus textos.¹¹⁰, pero a la vez la ODHAG señala el gran inconveniente práctico que esta situación trajo para los indígenas, fue que con la desaparición de los regímenes jurídicos, también se eliminaron los derechos protectores del derecho social indiano, como el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales. Esto, agrega la ODHAG, posibilitó la expansión de las fincas en perjuicio de las comunidades indígenas, que quedaron en las tierras más pobres.¹¹¹

La Reforma Liberal liderada por Justo Rufino Barrios, realizó las reformas necesarias para viabilizar el cultivo y la exportación del café. Se requerían buenas vías de comunicación, así como instalaciones portuarias para la exportación, pero los grandes perdedores fueron las comunidades indígenas. El café, expone el Centro de Estudios de Guatemala, exigía extensiones considerables de tierras y mano de obra abundante, especialmente en la recolección. Por lo que la primera medida de los liberales fue incorporar más tierra a la producción del café, para ello confiscaron las tierras de la Iglesia, de algunos conservadores y en mayor

¹¹⁰ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*. Coordinador General Monseñor Gonzalo de Villa, Tinta y Papel Litografía, Guatemala, 2007. p. 23

¹¹¹ Loc. cit.



cantidad de las comunidades indígenas. Es así como gran parte de los “pueblos de indios” fueron disueltos, para pasar a depender de la producción del café.¹¹²

Regina Wagner hace referencia a los mecanismos de despojo de tierras a las comunidades indígenas, principalmente para el cultivo del café en Guatemala. Expresa que en el transcurso del tiempo se fue dando la enajenación de tierras que desde tiempos inmemoriales habían poseído las comunidades indígenas, los cuales carecían de un título que legitimara su propiedad, aprovechando además la circunstancia que no las tenían bajo cultivo, porque eran tierras de reserva, fueron enajenadas principalmente por municipalidades que eran manejadas por ladinos.¹¹³ En las comunidades indígenas existe la costumbre de poner parte de sus tierras de cultivo en barbecho, para que se regeneren y estén en condiciones de producir nuevamente. Es una práctica que concuerda con la cosmovisión indígena de considerar la tierra un ser vivo y que, además, es ratificada por la ciencia, pues la tierra con el cultivo constante pierde sus nutrientes, por lo que debe recuperar estos. Esta fue una de las circunstancias que fue aprovechada por los liberales de 1871, despojando de muchas de sus tierras en barbecho a las comunidades indígenas, utilizando el ardid de que estaban baldías.

Una vez despojados los pueblos de indios de las tierras que poseyeron durante los casi tres siglos de periodo colonial, se emiten leyes para expropiarlos de gran parte de su fuerza de trabajo. Para ello, señala la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, pese a que la Constitución declaraba a los indígenas iguales ante la ley, normas de menor jerarquía les atribuían menos derechos y más obligaciones que el resto de los ciudadanos. Esto permitió que se les utilizara como mano de obra estacional para las plantaciones de café y para la construcción de la infraestructura del país. Por lo que se decretó como política pública la obligatoriedad del trabajo indígena en las fincas, entre 100 y 150 días (jornales) al año, bajo el control de los jefes políticos departamentales y, para ello, se emitieron leyes para sancionar a los jornaleros que huían de las fincas y se les

¹¹² Centro de Estudios de Guatemala. Op. cit. p. 29

¹¹³ Wagner Regina. *Historia del Café en Guatemala*. Villegas Editores, Guatemala, 2001. (s/p).



obligaba a trabajar en los caminos, así como en las obras públicas.¹¹⁴ Ingrid De Jong y Antonio Escobar, ilustran cómo, tradicionalmente en Guatemala, el poder político ha estado al servicio de la clase terrateniente para apropiarse de mano de obra indígena barata y de tierras comunales, indican que ha sido un rasgo común de los jefes políticos, funcionar como eslabones o articuladores – como intermediarios políticos o culturales – para adecuar a la población campesina a proveer mano de obra de los procesos productivos o a concretar los procesos de subdivisión y privatización de la propiedad colectiva.¹¹⁵

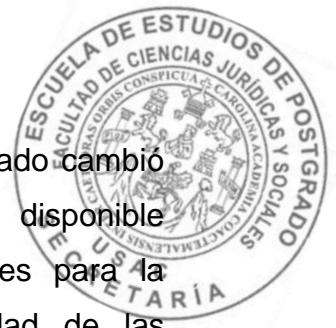
Por otra parte, Regina Wagner, anota que la primera disposición liberal que ordenaba dar asistencia a los caficultores para que sus empresas no fracasaran, la emitió el presidente Barrios, en una circular del 3 de noviembre de 1876, según la cual cada jefe político debía proporcionar de 50 a 100 mozos de los pueblos indígenas de su jurisdicción a quienes los solicitaran, haciendo relevos de mozos cada dos semanas.¹¹⁶ De esta manera se volvía a los clásicos repartimientos de indios de la época colonial, con la diferencia que ahora se hacía en una República constitucional y sin que el poder real español pudiera contener a los terratenientes en sus excesos. Para esto se emitieron las leyes de Jornaleros, contra la Vagancia y la Ley de Viabilidad, en la larga época liberal que duró de 1871 a 1945, que termina con el derrocamiento del régimen de Jorge Ubico. El periodo liberal también es una muestra de la era de la igualdad formal de derechos que trajo consigo el constitucionalismo, pero que en la realidad no era efectivo, como no lo es aún hoy en día en muchos aspectos.

El trabajo forzado de los indígenas trajo muchos problemas a las comunidades, que tenían verdaderas dificultades para producir sus alimentos para su propia subsistencia. Esto se refleja en las palabras de Richard Adams, cuando

¹¹⁴ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. Op. cit. p. 23

¹¹⁵ De Jong, Ingrid y Antonio Escobar Ohmstede. *Un contexto comparativo del papel de los indígenas en la creación y la conformación de las naciones y los Estados en la América Latina del siglo XIX*. En Las poblaciones indígenas en la conformación de las naciones y de los Estados en la América Latina decimonónica. Ingrid de Jong y Antonio Escobar Ohmstede (Comps.), México, El Colegio de México, 2016. P. s/p

¹¹⁶ Waggner, Regina. Op. cit. (s/p)



indica que el funcionamiento continuo de los sistemas de trabajo forzado cambió las condiciones de vida en Guatemala, porque la fuerza laboral disponible provocó que las comunidades indígenas quedaran sin trabajadores para la producción de consumo local y para el mercado y la capacidad de las comunidades para producir alimentos se vio paulatinamente minada y disminuida.¹¹⁷ Las comunidades indígenas del siglo XIX se enfrentaron a un sistema de explotación laboral, que no se cuidaba de garantizar la propia existencia de los explotados, como un lógico mecanismo para la continuidad del sistema. El atraso y pobreza de las comunidades indígenas se profundizó en el periodo de gobiernos liberales, con la pérdida de muchas de sus tierras y con el impecable sistema de jornales obligatorios en las fincas de café.

Hace referencia Robert Carmack, que con la reforma liberal de 1871, las comunidades indígenas se vieron sujetas a factores destructivos, entre los que menciona, citando a Severo Martínez, específicamente la pérdida de tierras comunales, la subdivisión de tierras restantes, lo que trajo el surgimiento del minifundismo, la sustitución de los líderes indígenas locales por ladinos inmigrantes y el desorden causado por el desplazamiento de gran número de habitantes a las plantaciones de la Costa para trabajar en forma estacional o por periodos más largos.¹¹⁸ El preciso indicar que el minifundismo surge para los pobres, indígenas y ladinos, pero en esta época se ve un ensanchamiento de los grandes latifundios de los criollos y de los ladinos que logran ascender socialmente. Se puede definir que el concepto de progreso que proclamaron los liberales para iniciar y consolidar el proceso de reforma liberal, se puede resumir en dos resultados concretos para las comunidades indígenas: usurpación de tierras y el abuso de la mano de obra.

¹¹⁷ Adams, Richard N. *La población indígena en el Estado liberal*. En Historia general de Guatemala. Tomo V. Época Contemporánea 1898-1944. Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1999. p. 177

¹¹⁸ Carmack, Robert M. *Los indígenas*. En Historia general de Guatemala. Tomo IV. Época Contemporánea 1898-1944. Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1999. p. 339

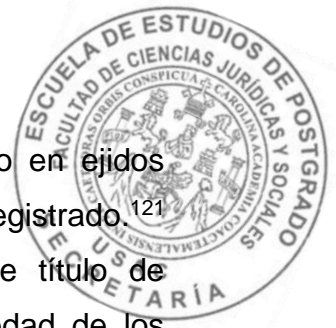


La usurpación directa no fue el único mecanismo para despojar a las comunidades indígenas de sus tierras comunales. Bajo la presión existente para obtener tierras por parte de los cafetaleros, muchas comunidades indígenas optaron por dar sus ejidos comunales en arrendamiento. Señala David McCreery, que esta preferencia obedeció a que las tierras de los pueblos eran mejores que las tierras baldías y se encontraban cerca de los caminos y de las poblaciones en que los caficultores se proveían de mano de obra.¹¹⁹ Con el tiempo los caficultores no estaban satisfechos con pagar el arrendamiento de estas tierras, manifestando que no correspondía con los principios económicos de la época y era un obstáculo que impedía la libre transmisión de la propiedad. Como consecuencia, agrega David McCreery, el 8 de enero de 1877 se emitió el Decreto 170, ley de Redención de Censos, que permitió que las tierras dadas en enfiteusis pasaran a propiedad privada individual. El valor dependía del valor del arrendamiento y del tiempo que este había durado. Por otra parte, si la renta se estimaba muy alta, el Estado intervenía, con el objetivo de fijar un nuevo precio que favoreciera al terrateniente. El dinero pagado por las tierras bajo enfiteusis debía depositarse en el Banco Nacional, el cual debía reponer a las comunidades indígenas el 4% del capital recibido.¹²⁰ A través de un mecanismo legal se despojó a muchas comunidades indígenas de sus tierras. La consigna era reducir cada vez más la tierra en poder de las comunidades indígenas, en aras de un proyecto de desarrollo nacional al que solo los finqueros tenían derecho.

Además, el Decreto 170, Ley de Redención de Censos, no se limitaba a forzar la venta de las tierras dadas en arrendamiento, en perjuicio de sus legítimos propietarios, también expuso a la venta obligada de los ejidos comunales. En efecto, bajo el criterio que el fraccionamiento de la propiedad en pequeñas parcelas hacía la tierra más productiva que la tierra poseída y cultivada en común, que solo satisfacía las necesidades inmediatas, el artículo 13 del decreto permitía

¹¹⁹ McCreery, David. *El café y sus efectos en la sociedad indígena*. En Historia general de Guatemala. Tomo IV. Época Contemporánea 1898-1944. Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1999. p. 508

¹²⁰ Loc. cit.



que personas individuales solicitaran la compra de cualquier terreno en ejidos comunales, siempre que se tratara de bienes sin título de propiedad registrado.¹²¹ La mayoría de tierras de las comunidades indígenas carecían de título de propiedad, porque, como se debe recordar, en la Colonia la propiedad de los pueblos de indios, se fundamentaba en las cédulas reales, que como disposiciones generales, protegían las propiedades de las comunidades indígenas para que pudieran subsistir y pagar los tributos respectivos. Muchas comunidades indígenas se vieron obligadas, bajo la nueva disposición legal, a comprar sus propias tierras, como forma de rescate, bajo la esperanza que en el futuro no surgiera otro mecanismo legal para arrebatárselas.

Muchos historiadores guatemaltecos se inclinan a pensar que en la llamada primavera revolucionaria, se tomaron decisiones políticas importantes en favor de las comunidades indígenas. La Constitución de 1945, producto de la Revolución de octubre de 1944, proclama el principio de igualdad en el artículo 23. Pero es en el artículo 21 donde se describe la prohibición a la discriminación, complemento esencial del principio de igualdad. Expresa el artículo en referencia que toda persona goza de las garantías que establece la Constitución, sin más restricciones que las que ella misma expresa. Y agrega que se declara ilegal y punible cualquier discriminación por motivo de filiación, sexo, raza, color, clase, creencias religiosas o ideas políticas. Pero en la práctica se continuó con el racismo y se facilitó el trabajo forzado indígena en la primavera democrática. En 1945 la Junta Revolucionaria de Gobierno, emite el Decreto 76, relativo al Reglamento para el Control de Jornales de los Trabajadores del Campo. El artículo 1º, indica que serán tenidos por vagos y castigados como tales, los jornaleros que no porten constancia debidamente registrada, extendida por el o los patronos con quienes haya trabajado cierto número de días o jornales. Por su parte el Congreso de la República, emite el Decreto 118, nueva Ley de la Vagancia, que fue otro de los mecanismos utilizado para reducir a condiciones de colono feudal al indígena guatemalteco.

¹²¹ Decreto 170, Ley de Redención de Censos, promulgado en 1877 por Justo Rufino Barrios.



Fue hasta el gobierno de Jacobo Árbenz Guzmán, que se dio un paso importante en favor del indígena y campesinos en general, con el Decreto 900, Ley de Reforma Agraria. El artículo 2, declaraba abolidas todas las formas de servidumbre y esclavitud. Establecía la prohibición de las prestaciones personales gratuitas de los campesinos, mozos colonos y trabajadores agrícolas, el pago de arrendamiento de tierras y los repartimientos de indígenas, cualquiera que fuera la forma en que subsistían. Además, la ley disponía la expropiación de fincas privadas, la entrega de fincas nacionales y la repartición de parcelas individuales o en cooperativas a los campesinos que carecían de ella. Al respecto indica Cojtí Cuxil, que con el Decreto 900 del año 1950, el gobierno emprendió la batalla contra la estructura económica establecida durante la colonia. Pero agrega que a los campesinos indígenas se les seguía tratando con pensamiento colonial, pues en lugar de expropiar la tierra a su favor, se expropiaba en favor del Estado y este les daba la tierra en usufructo.¹²², pero es evidente que se trató de un resguardo que el Gobierno Revolucionario tomó, tomando en cuenta los mecanismos que tradicionalmente utilizan los finqueros y latifundistas en Guatemala, de acaparar tierras mediante la compra, muchas veces utilizando mecanismos de coacción o engaño. El otorgar la tierra en propiedad individual, lleva aparejado la libre disposición de esta. Lo contrario ocurre cuando se otorga directamente a una comunidad indígena que, como propietarios colectivos, cuidan y protegen la tierra.

Para todos es conocido que el experimento revolucionario terminó mediante la intervención armada de la oligarquía guatemalteca, con la ayuda del gobierno de Estados Unidos, debido a la afectación que se hizo al más grande terrateniente de la época: la United Fruit Company. Con el triunfo del movimiento contrarrevolucionario, se emite el Decreto 31, el 26 de julio de 1954, que contiene el Estatuto Agrario, que indicaba en el primer considerando, que a través de la reforma agraria se trató de destruir la propiedad privada, sobre la cual descansa la estructura social guatemalteca. En el siguiente considerando se señala que a

¹²² Cojtí Cuxil, Demetrio. *El racismo contra los pueblos indígenas de Guatemala*. Centro de Documentación e Investigación Maya, CEDIM, Guatemala, 2005. p. 90



pesar de que se ofreció a los campesinos y a los indígenas, que por medio de la reforma agraria obtendrían inmediatos beneficios del orden económico y un mejoramiento en su nivel de vida, la realidad demostró que, en lugar de mejorar, su situación tendía a ser cada vez más precaria y angustiosa. De esta manera, se cancela el más importante intento de reforma agrario del país, presentándolo como una medida fracasada tomada en beneficio de los indígenas y campesinos.

Producto de la contrarrevolución armada de 1954, se inicia en la década de los sesenta el conflicto armado interno, teniendo, sin lugar a duda, la desigualdad en la tenencia de la tierra y la pobreza que esto genera, una de sus principales causas. Señala David Stol, que la economía de Guatemala está dominada por las fincas y tiene uno de los índices Gini¹²³ más alto de concentración de tierras en América Latina.¹²⁴ Agrega que mientras los países del tercer mundo tienen un promedio de 67 en el índice, el de Guatemala incrementó de 82.42 en 1964 a 85.05 en 1979. Además, el autor relaciona el tema de la desigualdad con el problema que ha generado el minifundismo. Expresa que en 1979 el 88 por ciento de las fincas en Guatemala era demasiado pequeñas para satisfacer las necesidades de una familia y, al incluirla a todas, ocupaban solamente el 16 por ciento de tierra cultivable del país.¹²⁵ Se debe interpretar de lo manifestado por el autor que los indígenas y campesinos en general, tienen en su mayoría minifundios para la siembra de sus cosechas, las cuales son insuficientes para obtener alimentos para una familia, lo que implica que no tienen asegurada la subsistencia. Además, se puede concluir que el 16 por ciento de la tierra cultivable está en poder de esos segmentos de la población, contra el 84 por ciento que poseen los grandes terratenientes.

En 1985, en Guatemala, ocurre una apertura democrática, después de varios regímenes militares, con la aprobación de la Constitución vigente. Es una

¹²³ En el coeficiente de Gini al que hace referencia Stol, el 0 representa la perfecta igualdad y el 100 la perfecta desigualdad.

¹²⁴Stol, David. *Entre dos fuegos en los pueblos ixiles de Guatemala*. Ediciones Abya Yala, Ecuador, 1999. p. 271

¹²⁵ Loc. cit.



Constitución que es señalada de innovadora, no solamente porque el artículo 46 proclama que los tratados y convenios internacionales son superiores al derecho interno, que en la actualidad ha servido de base legal al bloque de constitucionalidad, sino además por haber establecido el multiculturalismo en América Latina. Para Cletus Barié Gregory, la mayor trascendencia de la Constitución guatemalteca, es que constituye el primer documento propiamente “multicultural”, al manifestar que el país está conformado por diversos grupos étnicos, entre lo que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. Por otra parte destaca la trascendencia de definir a los amerindios como descendientes de grupos que anteceden a la formación del Estado, lo que constituye un punto de partida de inestimable valor para justificar la aceptación del pluralismo jurídico y un régimen autonómico.¹²⁶ Es indudable que la Constitución de Guatemala constituye el punto de partida y el impulso al reconocimiento constitucional de importantes derechos indígenas en América Latina, entre lo que están el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra, al goce y disfrute de sus frutos y de ser informados de las medidas que adopte el Estado en relación con la explotación de los recursos del subsuelo en sus tierras. Por lo que se debe reconocer que en la actualidad muchas constituciones de Latinoamérica han superado con creces al constitucionalismo guatemalteco en relación con estos temas, como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo del derecho comparado.

Guatemala construye a finales de la década de los noventa, el proceso de paz que terminó con el prolongado conflicto armado interno. Producto de los Acuerdos de Paz es el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. En este acuerdo se hace especial reconocimiento al problema del despojo y desprotección de las tierras indígenas comunales. Bajo el argumento que solo es un compromiso de Estado, pero no un instrumento legal obligatorio, se ha incumplido el acuerdo que recoge las principales causas que provocaron el conflicto armado interno. De materializarse las disposiciones de este convenio en leyes ordinarias, como parte del desarrollo de las disposiciones que ya contiene la

¹²⁶ Barié, Cletus Gregory. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2ª edición, actualizada y aumentada, Editorial Abya Yala, Bolivia, 2003. p. 340



Constitución, se tendría uno de los *corpus iuris* más desarrollados y adelantados de América Latina.

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que el Gobierno debe adoptar y promover medidas para regularizar la situación jurídica de la posesión comunal de tierras por las comunidades que carecen de títulos de propiedad, incluyendo la titulación de tierras municipales o nacionales, con clara tradición comunal. Por otra parte, reconoce la situación de vulnerabilidad de las comunidades indígenas, que han sido históricamente víctimas de despojo de tierras, para lo cual el Estado se compromete a instituir procedimientos para la solución de las reivindicaciones de tierras comunales o para restituir o compensar las tierras de las cuales se les haya despojado. Además, se contempla la suspensión de las titulaciones supletorias para las propiedades sobre las cuales haya reclamos de derechos de las comunidades indígenas y la suspensión de los plazos de prescripción para las acciones de despojo.

Los Acuerdos de Paz son el mejor ideario con que cuenta el Estado en materia de Derechos Humanos. Pero, la discriminación en contra de los pueblos indígenas continúa, sin que los Acuerdos de Paz hayan cambiado ese escenario secular y es una condicionante para su incumplimiento. Las organizaciones indígenas delatan como un acto de discriminación el incumplimiento del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Expresan que las demandas de acceso, tenencia y recuperación de sus tierras son tomadas por el Estado como invasión, usurpación de propiedades y por ende, como actos ilegales. De igual forma la lucha por la defensa de las tierras, territorio y bienes naturales —como el agua, bosques, montañas— son consideradas como actos de desestabilización y terrorismo, lo que conlleva a la implementación de amenazas, persecución, represión, encarcelamiento de los líderes indígenas y lideresas comunitarias, criminalizando la lucha indígena por sus derechos.¹²⁷ A pesar que

¹²⁷ Informe alternativo a los informes 14º y 15º del Estado de Guatemala, ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), presentado por los pueblos indígenas organizados de Guatemala, sobre



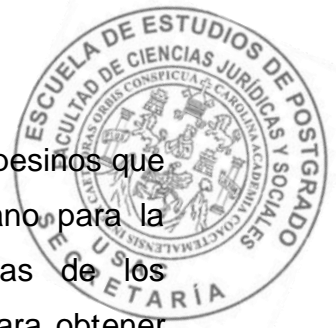
actualmente solo un pequeño porcentaje de la tierra cultivable del país está en manos de las comunidades indígenas, el despojo de sus tierras continúa y es un problema de actualidad. Las organizaciones indígenas denuncian el despojo violento de 769 familias en el valle de Polochic por el ingenio Chab'il Utzàj y el caso destacado por el Relator Especial de las cinco comunidades de los municipios de El Estor, Izabal y Panzós, Alta Verapaz, que sufrieron desalojos forzados de las tierras que ocupaban con base en la supuesta falta de derechos sobre esas tierras en relación con el proyecto Fénix de la Compañía Guatemalteca de Níquel.¹²⁸ Todos estos abusos y arbitrariedades en contra de las comunidades indígenas, ocurren a pesar de los Acuerdos de Paz y de los pactos y convenciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el Convenio 169, entre los más importantes.

Muchas son las voces de denuncia, de las organizaciones indígenas y de otras entidades defensoras de los derechos humanos. En el Seminario Taller “Los pueblos de la esperanza: frente al neoliberalismo”, también se hace referencia al papel que la política juega en perjuicio de la propiedad indígena colectiva, se señala que el proyecto neoliberal en Guatemala busca la privatización de las tierras, lo cual ha provocado despojo, tierras arrasadas y muerte, lo que ha traído como consecuencia que las comunidades indígenas se hayan desarraigado, dividido y perdido su organización tradicional.¹²⁹ En pleno siglo XXI los sectores políticos y económicos del país, como verdaderos poderes reales constitucionales, impiden no solamente que se hagan efectivos los derechos indígenas en relación con la tierra y propiedad colectiva o comunal, sino además, que se termine el proceso de despojo de sus tierras, profundizando cada vez más el margen de desigualdad en el país.

la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación sobre todas las formas de Discriminación Racial, 86º, periodo de sesiones, 27 de abril-15 de mayo de 2015.

¹²⁸ Loc. cit.

¹²⁹ Seminario Taller: *Los pueblos de la esperanza: frente al neoliberalismo*. Paulino Montejo y Xuaco Arnais (Comps.) Abya Yala Edinting, Ecuador, 1997. p. 10



Por otra parte, existe otra serie de obstáculos para que los campesinos que tienen sus tierras produzcan y progresen. El Banco Centroamericano para la Integración Económica (BCIE) pone de manifiesto los problemas de los poseedores de tierras en propiedad colectiva tienen en la práctica para obtener préstamos para hacer productivas las tierras, de acuerdo con un informe del Banco Interamericano de Desarrollo, en virtud que los bancos desconfían de los sujetos de crédito del área rural, por las características poco conocidas de las inversiones que tratan de hacer los indígenas en sus propiedades y por la falta de garantía colectiva en esta forma de propiedad de la tierra.¹³⁰ Esto constituye el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado de reconocer la propiedad colectiva de los pueblos indígenas como la forma de propiedad por excelencia de la tierra, lo que impide el respeto del resto de la sociedad como una verdadera forma de propiedad constitucionalmente reconocida.

Por la precaria situación de las comunidades indígenas que tienen sus tierras en propiedad comunal, adquiere especial relevancia el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la obligación del Estado de Guatemala de brindar especial protección a las tierras indígenas:

Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.¹³¹

¹³⁰ Banco Centroamericano de Integración Económica. *Estudios territoriales de la OCDE. La Región Mesoamericana. Sureste de México y América Central*. Traducción: Carmen Navarrete, Otto W. Martínez y María T. Flores (Comps.), OIM Editorial S. A., Honduras, 2006. p. 77

¹³¹ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo XI, “*Los Derechos de los Pueblos Indígenas*”, relativo a Guatemala, de fecha 6 de abril de 2001, Organización de Estados Americanos. Párrafo 67.



Para el debido respeto de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, es fundamental que el Estado reconozca los mecanismos del derecho indígena como fundamento y base de esa forma de propiedad. Por ello destaca Claudio Nash Rojas, como producto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la acreditación del dominio de la tierra, basada en la costumbre indígena, basta para que las comunidades indígenas que carecen de un título de acuerdo con el derecho oficial, obtengan el reconocimiento oficial de la propiedad y el consiguiente registro. De lo que se deriva que del derecho consuetudinario, surge el derecho de goce y ejercicio del derecho de propiedad y debe constituir un criterio de prueba de la titularidad en caso de conflicto, prevaleciendo sobre las disposiciones del derecho estatal.¹³² Esta es la forma correcta de hacer prevalecer derechos específicos o especiales, como lo constituyen los derechos de los pueblos indígenas, que requieren de este tipo de medidas por sus condiciones históricas de vulnerabilidad y desventaja.

Es importante lo señalado por Luis Piñero Royo, cuando indica que el énfasis en la dimensión colectiva del derecho indígena a la tierra, que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adquiere especial significación si se contraponen a los términos genéricos en que se articula el reconocimiento de la norma genérica de propiedad en que se fundamenta, haciendo referencia al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (En adelante la Convención o la Convención Americana), que regula el derecho de propiedad privada, reconociendo el derecho de uso y goce de los bienes, haciendo la Corte una interpretación evolutiva del derecho fundamental a la propiedad recogido en la referida convención y en otros instrumentos internacionales o regionales, que, por lo tanto, más allá del texto de las disposiciones para amparar los valores sobre las

¹³² Nash Rojas, Claudio. *Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*. J. Aylwin (Comp.), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004. p. 36

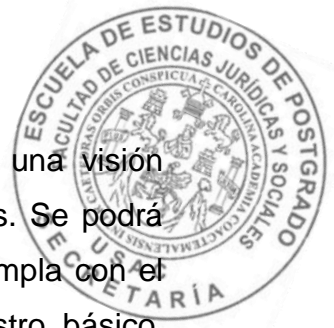


que estas se fundamentan.¹³³ Los fundamentos constitucionales y convencionales existen en Guatemala, para hacer prevalecer y respetar la forma de propiedad colectiva de las comunidades indígenas. Lo que falta es la voluntad política y la correcta aplicación de esas disposiciones constitucionales y convencionales por la justicia del país, en protección de ese régimen especial de propiedad.

1.10 Situación actual de las tierras comunales o colectivas en Guatemala

La larga historia de despojos de tierras comunales indígenas en Guatemala, han dejado como herencia una compleja conflictividad en el país y muchas comunidades indígenas sin tierra, lo que profundiza la situación de pobreza e inequidad que sufren estas. El Registro General de la Propiedad, desde su creación en el siglo XIX, solamente opera las fincas de conformidad con los criterios registrales del derecho civilista. Muy pocas comunidades indígenas, tomaron la previsión de gestionar la inscripción de las tierras colectivas, lo cual además era sumamente complicado, lo que se lograba acudiendo al mismo presidente de la República, mediante acuerdo gubernativo, como ocurrió con la comunidad Chajomá Cakchiquel de Chuarrancho, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante. Por lo demás, bajo la convicción que las comunidades indígenas tienen, de acuerdo con sus costumbres y formas de vida, que la posesión de las tierras implica la propiedad de estas, históricamente no han acudido a registrar sus tierras comunales. Además, el Estado hasta la promulgación de la Ley del Registro de Información Catastral, nunca se preocupó de catastrar la posesión o tenencia de las tierras o territorios comunales, porque ha sido fuente de apropiaciones ilegales, en perjuicio de las comunidades indígenas.

¹³³ Piñero Royo, Luis Rodríguez. *La sentencia de la Corte Interamericana*. En El caso Awas Tingni. Derechos humanos entre lo local y lo global. Felipe Gómez Isa (Comp.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013. p. 134

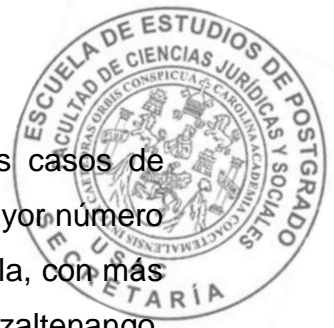


En la actualidad, existen mayores datos que permiten tener una visión aproximada de la cantidad de tierras o territorios indígenas en el país. Se podrá tener mayor certeza, cuando el Registro de Información Catastral, cumpla con el mandato de catastrar todo el país, para poder contar con un registro básico, gráfico y descriptivo de tipo predial, que proporcione certeza y seguridad jurídica de la propiedad, tenencia y el uso de la tierra.¹³⁴ Sin embargo, a lo largo de la historia se han hecho censos estadísticos que permiten tener una aproximación de la existencia de tierras comunales o colectivas. El Consejo Nacional de Áreas Protegidas, realiza un diagnóstico de tierras comunales, en publicación del año 2009, identificando un total de 307 casos de tierras comunales, con una extensión total de 1,577,124 hectáreas en todo el país, lo que equivale a 15,771 kilómetros cuadrados, que corresponde al 12% de la superficie del país.¹³⁵ Es de suponer que estas tierras, están en posesión de comunidades indígenas, seguramente con un bajo nivel de conflicto en el momento del diagnóstico. No obstante, seguramente existe un gran número de tierras comunales en conflicto, que no están en poder de las comunidades indígenas y que no están contabilizadas. Además de dar certeza a las tierras que actualmente tienen las comunidades indígenas en posesión y uso, la regulación adecuada del tema de la tierra colectiva, buscaría dar una solución justa y equitativa por parte del Estado a los conflictos que actualmente existen en el país.

La información que proporciona el Consejo Nacional de Áreas Protegidas, está lejos de proporcionar certeza, pues los datos varían grandemente dependiendo de la fuente. Así, por ejemplo, el mismo CONAP, para el departamento de Petén, señala que el Instituto Nacional de Estadística, con base en el Censo Agropecuario del año 2003, reporta 30,589 hectáreas de tierras comunales; por su parte el BOSCOM del Instituto Nacional de Bosques, proporciona el dato de 122,544 hectáreas en 2004 y el Grupo Promotor de Tierras

¹³⁴ artículo 24 de la Ley del Registro de Información Catastral, Decreto Legislativo 41-2005 del Congreso de la República.

¹³⁵ Consejo Nacional de Áreas Protegidas. *Diagnóstico de la conservación y manejo de recursos naturales en tierras comunales*. Coordinador Silvel Elías, Grupo Promotor de Tierras Comunales, Guatemala, 2009. P. 42



Comunales en 2008, reporta 512,276 hectáreas.¹³⁶ En cuanto a los casos de tierras comunales por departamento, la misma fuente señala que el mayor número se encontró en San Marcos, Huehuetenango, Alta Verapaz y Chiquimula, con más de cien casos cada uno. Mientras en los departamentos de Quetzaltenango, Totonicapán, Quiché, Baja Verapaz y Sacatepéquez, se encontraron entre 50 y 100 casos.¹³⁷ Interesante resulta que el CONAP, reporta la existencia de 42 casos de tierras comunales, con un total de 1642 hectáreas en el área metropolitana, ubicadas en los alrededores de las áreas urbanas, comprendiendo en la capital áreas de barrancos, con certeza jurídica muy precaria.¹³⁸

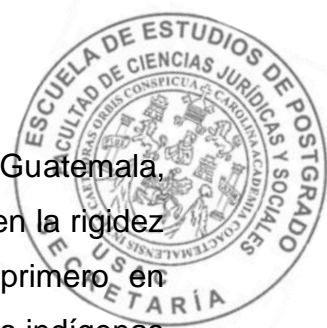
Para conocer la situación real de las tierras comunales o colectivas indígenas en Guatemala, es importante conocer datos relativos a la conflictividad existente. Señala Díaz Cezeña, que la conflictividad agraria en el país abarca 2983.2 kilómetros de tierras, en los que se ven involucrados más de un millón de personas, de acuerdo con un estudio realizado por la Secretaría de Asuntos Agrarios (SAA). La misma fuente contabilizó 360 disputas por la posesión de la tierra. Se indica que las causas son varias, desde el caso de dos personas que se atribuyen la posesión de la misma finca, hasta el tema de tierras comunales, por el tema de despojos, en lo que se vulnera el derecho de posesión de las personas o comunidades. Por otra parte, Díaz Cezeña, indica que un 97.7 por ciento de las pugnas ocurren por la ocupación de tierras y el 8.53 por ciento, por la regularización de tierras, que consiste en otorgar espacios a las comunidades que presentan pruebas de herencias ancestrales o que fueron desalojadas durante el conflicto armado interno.¹³⁹ Por su parte, Álvaro Pop, en cuanto al problema que muchas comunidades indígenas tienen títulos que respaldan la posesión o tenencia de las tierras, pero no se reconoce su derecho ancestral debido a las políticas de catastro que se han implementado en Guatemala, cita a la Alta

¹³⁶ Ibid. p. 80

¹³⁷ Ibid. p. 43

¹³⁸ Ibid. p. 49

¹³⁹ Díaz Cezeña, Leonel. *Mil 360 conflictos por tierras hay en el país*. Prensa libre, Nacionales, Guatemala, 4 de julio del año 2011.



Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, quien expresa que el sistema de registro de la propiedad está basado en la rigidez absoluta, con fundamento en el principio de primero en tiempo, primero en derecho, lo que constituye un serio obstáculo para que las comunidades indígenas defiendan legítimamente sus derechos sobre la tierra.¹⁴⁰

La información recabada permite arribar a la conclusión, sobre todo tomando como fundamento el dato aportado por el Consejo Nacional de Áreas Protegidas, que aproximadamente un 12% de la superficie del territorio nacional, tiene la categoría de tierra comunal, principalmente indígena. Pero ese porcentaje no comprende las tierras comunales que se encuentran en conflicto, tierras que actualmente no están en poder de las comunidades y que eventualmente podrían ser objeto de reivindicación, si el Estado de Guatemala, regula adecuadamente el tema de tierras colectivas indígenas, para dar certeza a este derecho fundamental de conformidad con la Convención Americana.

¹⁴⁰ Álvaro Pop. *Informe Evaluación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala*. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, Guatemala, 2013. p. 22



CAPÍTULO II

2. La propiedad colectiva de los pueblos indígenas en el derecho internacional y comparado

2.1 La propiedad colectiva de los pueblos indígenas en Instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos

Los pueblos indígenas forman parte de las colectividades humanas con mayor vulnerabilidad del planeta. No son exclusivos de América. Existen prácticamente en todo el mundo. Tienen características comunes, como la singularidad de sus culturas, caracterizada por estructuras organizativas distintas de las del Estado moderno, las cuales han prevalecido ante el fenómeno de universalización de la cultura occidental, que se erige como dominante.

Desde hace varios siglos las voces en defensa de los derechos indígenas, como colectividades que fueron objeto de colonización por una cultura invasiva, se han hecho escuchar. En el caso de Guatemala, es paradigmática la lucha que libró Fray Bartolomé de las casas, secundada en otras partes del mundo, por voces como las de Francisco de Vitoria y de Hugo Grotius. Pero es hasta el siglo XX que la lucha de los pueblos indígenas, como resultado del carácter evolutivo de los derechos humanos, se materializa en declaraciones y convenios internacionales. El contenido de estos instrumentos ha calado en la normativa constitucional de muchos de los Estados latinoamericanos. De manera que el derecho constitucional abre nuevas perspectivas para la reivindicación de los pueblos indígenas del continente. El análisis de estos instrumentos permite comprobar como la tierra, la posesión de esta y su vinculación con el alma de los pueblos indígenas es un elemento constante en su cultura, se trate de los mayas, aztecas, incas o de cualquier otra comunidad indígena de Latinoamérica. Sin territorio las culturas indígenas estarán condenadas a desaparecer. El estudio de los instrumentos internacionales de protección de los pueblos indígenas es vital para la presente investigación. Pero antes es importante conocer las definiciones que



se han ensayado de pueblos indígenas, para comprobar cómo está presente entre los elementos definitorios, como algo consubstancial, la tierra o el territorio.

2.2 Definición de pueblos indígenas

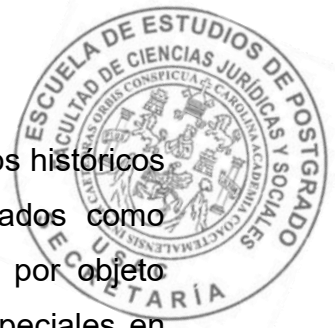
Desde el ya lejano 1983, el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, aporta en su análisis denominado “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”,¹⁴¹ elementos para la definición del concepto de pueblos indígenas. Hace la advertencia que es un tema sumamente complicado. Dificultad que, sin duda, prevalece hasta el día de hoy. Los elementos aportados por el relator José Martínez Cobo, tienen la virtud que fueron recopilados como producto del encuentro que sostuvo con muchísimas agrupaciones indígenas del mundo. El Relator hace la aclaración, en todo caso, que cualquier esfuerzo definitorio de pueblos indígenas, “ha de ser un área privativa para las comunidades indígenas mismas”.¹⁴² Porque alega, no sin razón, que los pueblos indígenas deben ser reconocidos de acuerdo con su propia percepción y concepción de sí mismos, en relación con la percepción que otros grupos puedan tener, es decir, no una definición con valores de sociedades foráneas o de los sectores predominantes en ellas.¹⁴³ sin duda, la definición de pueblos indígenas, debe estar, como lo indica el relator especial, determinado por el principio de autodefinición y que las políticas incluyentes y de respeto a las comunidades indígenas han validado, como parte del proceso de no discriminación que debe prevalecer.

Para remarcar la importancia que tiene la tierra, para la existencia y noción de los pueblos indígenas, el relator especial concluye manifestando que, ha de afirmarse que la posición especial de las poblaciones indígenas dentro de la

¹⁴¹ Informe del Relator Especial José R. Martínez Cobo, de fecha 30 de septiembre de 1983, presentado durante el 36º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

¹⁴² *Ibid.* Párrafo 368 del Informe.

¹⁴³ *Loc. cit.*



sociedad de naciones-Estados que hoy existe, procede de sus derechos históricos a sus tierras y de su derecho a ser diferentes y a ser considerados como diferentes.¹⁴⁴ Es vital aclarar que esa diferenciación no debe tener por objeto discriminar, sino debe servir para distinguir y reconocer derechos especiales en favor de las personas indígenas.

Los fundamentos básicos que las propias comunidades indígenas han adoptado como esenciales para su autodefinición, de acuerdo con las ideas que el relator Martínez Cobos recoge en su estudio, son: Que las comunidades, pueblos o naciones indígenas, son los que tienen una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, por lo que se consideran distintos de los otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Agrega que los pueblos indígenas ahora constituyen sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.¹⁴⁵ Adviértase como la tierra es uno de los ejes centrales de su conciencia étnica. Son indígenas, porque sus antepasados vivían en los territorios que fueron invadidos por el conquistador y son la continuidad histórica de esas culturas originarias. Pretenden, legítimamente, transmitir a sus descendientes sus tierras y su identidad étnica. La tierra, cual madre nutricia, es el cordón umbilical que los vincula a sus antepasados y los proyecta al futuro en sus descendientes. La tierra lo es todo. La base de su vida y de su visión del mundo.

Por otra parte, el relator Martínez Cobo descubre cómo la continuidad histórica de las culturas que habitaron los territorios que fueron objeto de conquista y despojo, se da por medio de los siguientes factores. Primero: la

¹⁴⁴ Ibid. Párrafo 373 del Informe.

¹⁴⁵ Ibid. Párrafo 377 del informe.



ocupación de las tierras ancestrales o al menos parte de ellas.¹⁴⁶ Nuevamente vemos como la tierra está presente como factor de continuidad cultural. Y agrega el relator como punto segundo: ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras.¹⁴⁷ Esta es la herencia de sangre. Las características biológicas o físicas, sin que necesariamente existan en forma pura, debido al mestizaje al que fueron forzados.

El relator señala como punto tercero: la cultura en general o en ciertas manifestaciones específicas, que puede comprender la religión, sistema de vida tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, entre otros factores.¹⁴⁸ Es natural que la relatividad caracterice la cultura actual indígena, porque la aculturación con la cultura occidental es inevitable, de esta manera presenciaremos, por ejemplo, el sincretismo religioso, como la introducción de elementos materiales de la cultura occidental en el estilo de vida de las comunidades. Como punto cuarto indica: el idioma. Puede ser utilizada como lengua única, como lengua materna, como medio de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal.¹⁴⁹ De este aspecto destacado por el relator existen ejemplos en América del Sur, donde el idioma indígena desapareció en alguna comunidad, pero no por eso han perdido su identidad indígena. Lo mismo se puede decir en Guatemala con la cultura xinca, cuya lengua prácticamente ha desaparecido, pero está resurgiendo la identidad cultural indígena de sus descendientes hispanohablantes.

En cuanto al punto quinto, el relator señala: Residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo.¹⁵⁰ En Guatemala la mayoría de las comunidades indígenas, con excepción de la xinca, pertenecen a la región mesoamericana, cuna de la civilización maya, con innumerables lugares históricos y sagrados. La sola posibilidad de vivir en la región que ocuparon sus ancestros

¹⁴⁶ Ibid. Párrafo 380, literal a) del informe.

¹⁴⁷ Ibid. Párrafo 380, literal b) del informe.

¹⁴⁸ Ibid. Párrafo 380, literal c) del informe.

¹⁴⁹ Ibid. Párrafo 380, literal d) del informe.

¹⁵⁰ Ibid. Párrafo 388 del informe.



mayas es suficiente para mantener su identidad. Por último el relator Martínez Cobos, no descarta otros factores que sean pertinentes para que una cultura se identifique con otra del pasado y que haya posibilitado la continuidad histórica.¹⁵¹ Es decir que existe un *numerus apertus* en cuanto a las características definitorias de las comunidades indígenas, lo que se explica por la enorme riqueza y variedad cultural que las caracteriza.

2.3 El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo

Los indígenas, en forma individual y colectiva, forman parte del sector más olvidado por los Estados, han sido objeto de discriminación, de trabajo forzado y abusos en general. Es hasta los inicios del siglo XX, indica Figuera Vargas, que empiezan a manifestarse internacionalmente las protestas, disputas y exigencias de los líderes indígenas, por la negación de sus derechos.¹⁵² El organismo internacional que hizo eco de las demandas de los pueblos indígenas es la Organización Internacional del Trabajo. Agrega Figuera Vargas que esta organización para 1921 inició una serie de estudios sobre el trabajo de los jornaleros de grupos étnicos. En 1926 crea el Comité de Expertos sobre Trabajo Nativo y en 1951 el Comité de Expertos que promovió ante los Estados la promulgación de normativas internas que protegieran la fuerza laboral indígena.¹⁵³ Finalmente, la Organización da un paso trascendental con la adopción del Convenio 107, el cual, si bien tenía muchas limitaciones, fue un adelanto para la época, debido que es el primer instrumento jurídico en materia de derechos humanos que inicia la lucha internacional por la reivindicación y protección de las poblaciones indígenas, dentro de lo cual se incluye el tema de la propiedad colectiva o comunal.

¹⁵¹ Ibid. Párrafo 380, literal f) del informe.

¹⁵² Figuera Vargas, Sorily Carolina. *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*. Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2015. p. 15

¹⁵³ Loc. cit.



El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, denominado “Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes”, (En adelante Convenio 107), aborda el problema de discriminación de las poblaciones indígenas en general.¹⁵⁴ Hasta entonces, la organización protegía a los trabajadores indígenas, bajo el concepto general de trabajador, como parte integral de la población. No se les había visualizado como parte de una comunidad con características especiales. Guatemala nunca ratificó este convenio.

Es natural que, como primer instrumento jurídico internacional de su clase, pronto haya sido superado. Fue objeto de críticas, que pusieron al descubierto sus limitaciones, que venían a constituirse en un obstáculo para una efectiva protección de las poblaciones indígenas. Para Ochoa García, el Convenio 107 era integracionista y proteccionista. Hace la aclaración conceptual que protección no es igual a respeto y apoyo, en la misma medida que integración no es lo mismo a reconocer derechos y hacerlos explícitos.¹⁵⁵ Pese a ser un instrumento de 1957, estaba influenciado por la corrientes paternalistas, que buscaban la integración o asimilación de las culturas indígenas por la cultura dominante.

El Convenio establece, en el artículo 111, la obligación del Estado de reconocer el derecho de propiedad, tanto colectiva como individual, sobre las tierras tradicionales ocupadas por sus miembros. El artículo 112 prohíbe el traslado o desplazamiento de las poblaciones indígenas de sus tierras, sin su consentimiento. Pero inmediatamente establece la excepción, que en la práctica ha resultado funesta en muchas legislaciones: disponía que los traslados podían hacerse con fundamento en las razones previstas en la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o por la salud

¹⁵⁴ Convenio 107, Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, fue adoptado en Ginebra, en la 40ª. Reunión CIT, del 26 de junio de 1957, en vigor desde 1959 para los países que lo ratificaron.

¹⁵⁵ Ochoa García, Carlos. *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Editorial Cholsamaj, Guatemala, 2002. p. 136



de las referidas poblaciones. Esta disposición dejaba las puertas abiertas a los sectores económicos o militares para despojar de sus tierras a las comunidades indígenas. Un sector de la población que tradicionalmente no tiene acceso a la justicia, quedaba a merced de los factores reales de poder, que tradicionalmente han manejado la legislación y la justicia a su antojo.

La actitud paternalista nuevamente se evidencia en el artículo 113, cuando señala que la legislación nacional deberá respetar los modos de transmisión de los derechos de propiedad y goce de la tierra, establecidos por las costumbres de las poblaciones. Pero seguidamente indica que esto deberá ser en la medida que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones, y no obstruyan su desarrollo económico y social. Un instrumento plagado de excepciones, con fundamento paternalista, que en la práctica podía ser utilizado a voluntad del Estado, para permitir los abusos en contra de las poblaciones indígenas, con el pretexto de realizar acciones para propiciar el desarrollo económico y social de las comunidades.

En la realidad, las buenas intenciones del Convenio 107, dejaba espacios legales, que, sin duda, permitía en la práctica continuar con el despojo de las tierras de los pueblos indígenas. La intención de integrar a los pueblos indígenas a la sociedad civilizada, provocaba esos problemas de enfoque a lo largo de todo el instrumento. De esta manera lo señala Yoichi Ishii, para quien la aspiración de aculturar e integrar a las poblaciones atrasadas a la sociedad es la diferencia fundamental que el Convenio tiene en relación con el Convenio 169, porque este último, busca el mantenimiento de la cultura y tradiciones de los pueblos indígenas, suprimiendo los términos: aculturación, asimilación e integración.¹⁵⁶ Se puede afirmar que el Convenio 169 es producto de la revisión de la política asimilacionista del Convenio 107, porque las organizaciones indígenas del mundo

¹⁵⁶ Ishii, Yoichi. *La costumbre jurídica en Iberoamérica en comparación con la de los AINU. El punto de vista de un investigador japonés*. En *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*. Carlos H. Durand Alcántara, Miguel Ángel Sámano Rentería y Gerardo Gómez González (Comps.), Plaza y Valdés Editores, México, 2000. p. 30



solicitaron a la Organización Internacional del Trabajo por ese motivo su revisión. Para González Galván, de acuerdo con el Convenio 107, los pueblos indígenas eran visualizados como transitorios, pues el Estado se obligaba a integrarlos a la cultura nacional. Expresa que esta política etnocida fue revisada, considerando entre los criterios de revisión, la perennidad de los pueblos indígenas, para lo cual los Estados tendrían que garantizar su desarrollo, con el debido respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Agrega el autor, que como una medida para evitar el libre albedrío en las políticas que se adoptara en favor de los pueblos indígenas, esas políticas debían ser consultadas con los interesados.¹⁵⁷ En la práctica la consulta no podía evitar los abusos, explotación y despojo de las tierras indígenas, porque se ha evidenciado, aún para el caso del Convenio 169 en la actualidad, que esa obligación es ignorada o se recurre a ardidés legales o engaños para burlarla.

2.4 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, como ya se indicara, vino a superar el enfoque integracionista y asimilacionista del Convenio 107, por lo que, actualmente, es el único instrumento de carácter vinculante para Guatemala, como instrumento que protege a las pueblos indígenas contra la discriminación, con disposiciones diversas, que contienen las acciones que deben adoptar los Estados para propiciar su desarrollo, el reconocimiento del derecho indígena, lo relativo al territorio o tierras y sus recursos en general.

Guatemala ratifica el Convenio 169 en 1996 y su articulado, junto a los artículos 66, 67, 68 y 70 de la Constitución de la República, constituyen las

¹⁵⁷ González Galván, Jorge Alberto. *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y las Obligaciones de México con su ratificación*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 96, director Diego Valadés, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1999. p. 857

disposiciones fundamentales de protección de las poblaciones indígenas asentadas en el territorio nacional.



La visión del Convenio 169 difiere totalmente, en el enfoque, del adoptado por el Convenio 107. La protección que brinda este Convenio para los pueblos indígenas es para conservar la cultura y la forma de vida de estos, y no para transformarla. Es por ello por lo que Jorge Dandler, expresa que los conceptos básicos del Convenio son el respeto y la participación. El valor respeto debe manifestarse con respecto a la cultura indígena, la religión, la organización social y económica y la propia identidad: lo que introduce la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales.¹⁵⁸ El Convenio celebra y busca la permanencia de la diversidad, la diferencia, como una riqueza que debe ser conservada. Una diversidad que no tiene por qué impedir el desarrollo social y económico de los pueblos indígenas. Permanencia y desarrollo no son conceptos excluyentes.

El Convenio 169, por otra parte, introduce de una manera más formal, la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, de toda medida que se prevea y que pueda afectarles. Esto es consecuencia de que, con base en el derecho a la autodeterminación – concepto que no debe confundirse con un pretendido derecho de independizarse del Estado – pueden decidir sus prioridades en las políticas encaminadas a su desarrollo. El principio de afectación, que abre la posibilidad de la decisión propia y autónoma de los pueblos indígenas, se debe entender, de acuerdo con el Convenio, como toda acción que afecte, “sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.”¹⁵⁹ Está claro que la riqueza material, la más codiciada por la cultura dominante, ha sido y es la tierra. El Estado debe

¹⁵⁸ Dandler, Jorge. *Los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT*. En *Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global*. Siglo Veintiuno Editores, Patricia Morales (comp.), México, 2001. p. 163

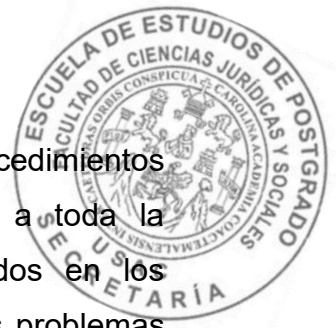
¹⁵⁹ artículo 7, párrafo 1, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo



adoptar medidas administrativas y legislativas apropiadas para resguardar el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, lo que, sin duda, incluye las medidas adecuadas para impedir el despojo y desalojo de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas.

El Convenio dedica un capítulo a las tierras indígenas. Entre las disposiciones más interesantes, por el tema que atañe a la presente investigación, está el reconocimiento y protección que los Estados están obligados a brindar a los pueblos indígenas, en relación con los mecanismos legales que faciliten la titularidad y explotación de la tierra en propiedad colectiva. Pero también el reconocimiento de la simple relación espiritual, aún de territorios que en la actualidad ya no ocupan ni explotan, pero que tienen un significado religioso para ellos, porque lo ocuparon sus ancestros o porque existen lugares o sitios sagrados para ellos. En efecto, el artículo 13, hace referencia al respeto que debe existir hacia las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados en relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Este párrafo del Convenio, claramente indica que existe una diferencia conceptual entre tierra y territorios.

El artículo 14 del Convenio obliga a los Estados parte a instituir procedimientos adecuados, en el marco del sistema jurídico nacional, para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados. Este es un tema particularmente delicado en Guatemala, por los innumerables casos de despojo de tierras indígenas, por invasión a sus territorios o porque el mismo Estado las repartió durante la Reforma Liberal de 1871 o en el conflicto armado interno. No se está hablando de retrotraernos hasta la época de la conquista. Se trata de conflictos posteriores a la Colonia, algunos relativamente recientes, de ocupaciones de territorios de los pueblos indígenas y que deben tener una solución.



Estos conflictos requieren, como lo indica el Convenio, de procedimientos especiales que hagan factible una solución relativamente rápida a toda la conflictividad existente y que instituyan criterios especiales basados en los derechos ancestrales de los pueblos indígenas. Para Jorgi Urgell, los problemas se agravan por la inseguridad en la tenencia de la tierra por la inexistencia de un catastro actualizado, por la confusión del registro de propiedad y por la política de entrega de tierras de los distintos gobiernos durante el conflicto armado. Menciona la alarmante proliferación de conflictos limítrofes entre particulares y comunidades indígenas, como sucede en el Ixcán, lugar donde cerca de 18 comunidades se vieron afectadas en los años 2001 y 2002, en cuanto a la toma y la ocupación de tierras. Conflictos que, acota el autor, afectan las necesidades de subsistencia básica de la población y por ello engendran mucha violencia y contribuyen a aumentar la fragmentación y la desconfianza mutua de la población.¹⁶⁰ Guatemala debe urgentemente legislar en este sentido, no solo por ser parte signataria del Convenio 169, sino además como Estado parte del Pacto de San José, lo que le permite al Estado adoptar legítimamente los criterios establecidos por la Corte Interamericana en materia de tierras colectivas de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de administrar por sí los recursos naturales existentes en sus tierras. Este derecho está garantizado en el artículo 15 del Convenio. El problema se agrava, como ocurre en Guatemala, cuando el Estado tiene la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo o tiene derecho sobre otros recursos existentes en las tierras. En estos casos, el Convenio es claro que deben existir procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados. Pero quizá es más apropiado decir afectados. Estos procedimientos tienen como finalidad establecer si los intereses de los pueblos indígenas se verán perjudicados y en qué medida, antes de emprender o empezar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en

¹⁶⁰ Urgell, Jordi. *Implementación de los Acuerdos de Paz en el Ixcán*. En *Etnicidad, autonomía y gobernabilidad en América Latina*, Salvador Martí I Puig y José Ma. Sanahuja Editores, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004. p. 228



sus tierras. Es importante recordar que el segundo párrafo del artículo 13, indica que en la regulación de los artículos 15 y 16 debe entenderse incluido el concepto de territorio. Concepto este último, que como establecimos *ut supra*, comprende no solo las tierras efectivamente ocupadas por los pueblos indígenas, sino las tierras que tradicionalmente han ocupado para sus actividades sagradas o de subsistencia, aunque la titularidad, parcial o total de esas tierras esté en poder de particulares. Esto ha provocado una serie de conflictos en la actualidad en Guatemala por el establecimiento de minas para la extracción de metales.

En Guatemala, existe mucha resistencia de las comunidades indígenas para el establecimiento de minas a cielo abierto, por la contaminación que ocasionan al ecosistema, lo que, en la mayoría de los casos perjudica gravemente a las comunidades. El incumplimiento del Convenio 169, se puede apreciar en lo manifestado por numerosos sindicatos ante la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, de la Oficina Internacional del Trabajo, cuando abordan el tema de la participación y consulta de las comunidades indígenas en este tipo de proyectos. En su comunicación los sindicatos han manifestado que el gobierno de Guatemala ha continuado con su política de otorgar proyectos de prospección y explotación minera, sin consultar y sin indemnizar a los pueblos indígenas por los daños y perjuicios sufridos, sin que se hayan adoptado medidas para mitigar el impacto de la explotación. Sostienen que no se aplica el artículo 15 del Convenio, sobre consulta y recursos naturales, que no existe un catastro de tierras para conocer cuando un territorio es indígena, no hay legislación sobre consulta a los pueblos indígenas y que son discriminados por la administración de justicia. Concluyendo la Comisión, que en Guatemala hay problemas serios de implementación de los artículos del Convenio referidos a tierras, recursos naturales, consulta y participación.¹⁶¹

¹⁶¹ Oficina Internacional del Trabajo. *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 98º, reunión, Suiza, 2009. p. 739



El procedimiento de consulta no puede visualizarse como un simple formalismo jurídico, que una vez cumplido, da cabida a la implementación de los proyectos mineros, en virtud que no tiene carácter vinculante de acuerdo con el Convenio 169. La consulta implica un ejercicio reflexivo, para determinar la afectación real y en qué medida, de los derechos de los pueblos indígenas, en cuanto a su hábitat, forma de vida y recursos naturales. Relata Amnistía Internacional, que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, ha reconocido la importancia de los mecanismos de consulta, para evaluar previamente todos los posibles efectos de la actividad minera propuesta, pero de manera enfática concluye que la consulta no es un fin en sí misma y que idealmente, el proceso de toma de decisiones debe permitir a los pueblos indígenas, establecer sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo y promover el disfrute de sus derechos humanos.¹⁶² El tema de la minería es un claro ejemplo, de cómo el poder económico se impone, ante el respeto que debe existir, con fundamento al Convenio 169 del derecho de los pueblos indígenas de participar en la toma de decisiones, para exponer y hacerse escuchar por el Estado, de la afectación de sus derechos por este tipo de actividades, que están íntimamente vinculadas con los recursos existentes en sus tierras o en el territorio de influencia de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 establece el principio que los pueblos indígenas no serán trasladados de las tierras que ocupan. Establece la excepción, sin mencionar causas específicas, de un traslado por necesidad. En estos casos solamente procederá con el consentimiento de los interesados, el cual deben otorgar libremente y con pleno conocimiento de causa. Esto último debe entenderse como la información veraz de la necesidad del traslado. Si esta disposición se interpreta de acuerdo con el espíritu del Convenio, que es la protección de la forma de vida, cultura y recursos de los pueblos indígenas, cualquier traslado solamente debe proceder cuando sea en beneficio de la comunidad indígena y un recurso de *ultima ratio*. Existe la duda hasta qué punto el Estado podría invocar motivos de

¹⁶² Amnistía Internacional. *GUATEMALA: La minería en Guatemala*. Derechos en Peligro. Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, Secretariado de Reino Unido, Londres, Inglaterra, 2014. p. 24

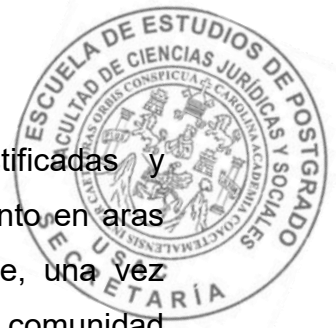


seguridad nacional o desarrollo económico, como lo establece el Convenio 107. Lo cierto es que, con base en este Convenio, resulta mucho más fácil realizar el traslado o reubicación de una comunidad indígena, invocando los motivos ya expresados equiparándolos a un interés público.

El convenio establece la posibilidad de realizar el traslado, sin el consentimiento de los pueblos interesados. Esta situación especial ocurre cuando no sea posible obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. El Convenio no indica las razones o en qué casos no se podría obtener el consentimiento y si el traslado procede, aun cuando la comunidad indígena ha decidido libremente no otorgar el consentimiento. Lo cierto es que, aún en esos casos, existe un principio de legalidad que debe observarse en la legislación nacional, porque previamente deberán cumplirse los procedimientos adecuados establecidos en la ley nacional y en los cuales los pueblos interesados deben estar efectivamente representados. Por esta razón el Convenio 169 resulta mucho más garantista y efectivo para los intereses de los pueblos indígenas que el Convenio 107.

En opinión de Amelia Alva Arévalo, aplicando una interpretación progresista que esté en concordancia con los avances de los derechos de los pueblos indígenas, los Estados están obligados a intentar de buena fe obtener el consentimiento. Agrega que si la comunidad o pueblo continúa rechazando la medida, el traslado debe ser excepcional.¹⁶³ En todo caso, siempre debe entenderse que las consecuencias de la falta de traslado podrían acarrear algún perjuicio a la comunidad indígena. Es decir, debe darse en su beneficio y en su interés, lo cual implica que, en la práctica, en una situación excepcional o especial que haga necesaria una medida de esta naturaleza, como sería, por ejemplo, por el peligro de una catástrofe natural. Se puede destacar como ejemplo el caso del volcán de Fuego, que ocasionó una catástrofe en 2018, haciendo desaparecer por completo una comunidad. En una emergencia similar, sería lícito, aún en forma coactiva, el traslado de una comunidad indígena que se encuentre en peligro de

¹⁶³ Amelia Alva Arévalo. Op. cit. p. 70



desaparecer. En todo caso, en situaciones perfectamente justificadas y razonables, el pueblo indígena seguramente otorgará su consentimiento en aras de su interés colectivo. El Convenio 169 establece la obligación de, una vez desaparecida la causa que ocasionó el traslado o la emergencia, la comunidad debe ser retornada a las tierras que ocupaban antes del traslado. Lo que se explica porque debe prevalecer el interés de la colectividad, en virtud del vínculo ancestral y espiritual con sus tierras. De no ser posible el retorno, el Estado debe proporcionar tierras de la misma calidad y del mismo estatuto jurídico de las tierras que ocupaban, de tal manera que les permita satisfacer sus necesidades y hacer factible su desarrollo futuro. Si la comunidad prefiere una indemnización monetaria o en especie, el Estado debe proporcionarla. En todo caso, el Estado debe indemnizar por los daños y perjuicios causados en ocasión del traslado.

Para Amelia Alva Arévalo, el tema del consentimiento es esencial para los pueblos indígenas, especialmente en el contexto actual que está caracterizado por la creciente demanda de recursos naturales que se encuentran en sus territorios y el correlativo incremento de los proyectos y actividades para extraerlos. Por ello agrega que el factor de excepcionalidad que exige el Convenio 169 para efectuar los traslados, en la práctica no es más tal. Porque la mayoría de los gobiernos tienden a explotar esas riquezas, confrontando la voluntad de los pueblos indígenas y violando sus derechos, justificando sus actos en el interés nacional y en la soberanía absoluta del Estado sobre los recursos naturales.¹⁶⁴ Por esa razón es preciso insistir, que de acuerdo con el espíritu del Convenio 169, la causa que el Estado debe invocar para una reubicación o traslado, debe darse en interés o beneficio del pueblo indígena, y no del Estado mismo o de terceras personas o corporaciones. El derecho humano de los pueblos indígenas, de conservar sus tierras, haciendo factible la continuación histórica de su forma de vida y en resguardo de su espiritualidad, dado el vínculo especial que tienen con las tierras o territorios ancestrales, no debe ceder ante intereses económicos.

¹⁶⁴ Ibid. p. 39



2.5 Aplicación del Convenio 169 por la Corte Interamericana

La Corte Interamericana, como tendremos oportunidad de verificar *ut infra*, interpreta el artículo 21 de la Convención, en cuanto a la extensión y alcance de la propiedad privada en general, dentro de la cual se ubica la propiedad colectiva. Se observa, no obstante, que la Corte en su labor interpretativa, recurre frecuentemente al contenido del Convenio 169 de la OIT para interpretar el artículo 21 en referencia. Es importante aclarar, que la Corte no está aplicando el Convenio 169, ya que su facultad es la aplicación de la Convención Americana o de cualquier otro convenio en materia de derechos humanos del sistema regional americano, para cuya aplicación se haya aceptado su competencia por el Estado.

La Corte recurre al Convenio 169, como fuente de apoyo para interpretar el artículo 21 de la Convención. Como se indicará en algunas de las sentencias analizadas, se recurre al contenido de convenios en materia de derechos humanos de otro sistema de protección, como lo puede ser el Sistema Universal de Derechos Humanos o de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuando el Estado objeto de la litis en un caso determinado es signatario de un convenio o tratado de esos sistemas, porque el artículo 29.b de la Convención, relativo a las normas de interpretación, contiene el mandato para la Corte y para los Estados Parte, que ninguna norma de la Convención será interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de conformidad con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de cualquier otra convención en que sea parte uno de los indicados Estados. Por esa razón, frecuentemente la Corte recurre al Convenio 169, por ser el Tratado especializado en materia de derecho de los pueblos indígenas. De los casos de la Corte que han sido objeto de análisis, han ratificado el Convenio 169: Ecuador en 1998, Honduras en 1995, Nicaragua en 2010 y Paraguay 1993. De esta manera, por ejemplo, se ha apoyado la Corte en el Convenio 169 para interpretar el artículo 21 en el caso Sawhoyomaxa, contra Paraguay. Señala la Corte que para analizar su contenido y alcance en relación con la propiedad



comunitaria, ha tomado en cuenta el Convenio 169 de la OIT, a la luz de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en la materia en el derecho internacional de los Derechos Humanos.¹⁶⁵

Empero, la Corte es común que cite convenios, aun cuando el Estado no es parte de estos, cuando lo considera útil para reforzar su argumentación o para ilustrar el alcance que tiene la regulación de un derecho determinado en otro Convenio de la misma materia. Por ejemplo, esta es la situación de Surinam y Panamá en los casos que serán objeto de análisis, Estados que no han ratificado el Convenio 169. Así ocurrió en el caso de Panamá, en la demanda de los Pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, la Corte cita el Convenio 169, para ilustrar que en el artículo 13, se destaca la importancia que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas la relación con la tierra y territorios.¹⁶⁶ Además está el caso del Estado de Surinam, que tampoco ha ratificado el Convenio 169, por lo que la Corte recurre al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de los cuales es Estado parte. Se podrá comprobar más adelante, que se recurre a la interpretación que los Comités de supervisión de los pactos hacen del artículo 1 de ambos pactos, en el sentido que es aplicable a los pueblos indígenas. Esos artículos hacen referencia al derecho de libre determinación de los pueblos y de establecer sus condiciones políticas para promover su desarrollo social, económico y cultural. En estos casos, la Corte indudablemente recurre al principio de universalidad en materia de interpretación en derechos humanos, que aspira a que todos los seres humanos del mundo, gocen de un estándar mínimo de estos

¹⁶⁵ Caso de la Comunidad Sawhoyomaxa Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 29 de marzo del año 2006 Párrafo 117 de la sentencia.

¹⁶⁶ Caso de los Pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 14 de octubre de 2014. Párrafos 1 y 2 de la sentencia.



derechos, como resguardo de la dignidad de la persona. El universalismo es la base fundamental de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que de hecho sus postulados han alcanzado el grado de *ius cogens*, por lo que actualmente son de cumplimiento obligatorio para los Estados.

2.5 Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es el documento más reciente en materia de derechos indígenas. Fue aprobada en 2007 por la Asamblea General. Una declaración es un documento orientativo, que enumera una serie de derechos a los cuales los Estados se comprometen a cumplirla. El compromiso es del orden moral, porque no tiene fuerza legal. Al menos que con el paso del tiempo, al ser aplicada constantemente y respetada por los Estados, alcance la categoría de *ius cogens*, con lo cual se convertiría su contenido en disposiciones de observancia obligatoria. De manera que la declaración indígena no tiene la fuerza obligatoria que caracteriza a una convención o pacto, para los Estados que ratifican esos instrumentos.

La experiencia en materia de derechos humanos, indica que una declaración puede ser el paso previo de una convención o pacto, como ha ocurrido muchas veces. Que la declaración indígena no sea vinculante para los Estados, no le resta importancia como expresión de las demandas y derechos de los pueblos indígenas. Es un logro de la lucha indígena por la reivindicación de sus derechos.

Para Muñoz Onofre, el avance que representa la declaración indígena es el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos, porque se les aborda de una manera más completa y enfática. Además, señala por qué su texto permite los derechos al territorio y a los recursos, fueron articulados con otros derechos de inmensa importancia, como el derecho a la libre



determinación y el derecho al consentimiento libre, previo e informado, en relación con las medidas que tengan la característica de afectar su integridad como pueblos.¹⁶⁷ En la medida en que se consolide el derecho a la libre determinación y a la autonomía en la gestión de los asuntos que son del interés de los pueblos indígenas, tendrán mayores posibilidades de obtener el respeto debido a sus derechos, principalmente a la gestión de sus recursos en sus territorios y tierras.

La declaración indígena resulta interesante para Berraondo López, porque las viejas reclamaciones de los pueblos indígenas se ven finalmente aceptadas por los Estados, por lo que se convierten en nuevos derechos humanos o en nuevas interpretaciones de otros derechos humanos ya existentes. Apunta que, gracias a la declaración los derechos humanos que durante años se han catalogado como específicos de los pueblos indígenas, adquieren una importancia que nunca antes habían tenido, los que vienen a complementar los diferentes reconocimientos jurisprudenciales de las últimas décadas ante múltiples instancias, como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o más recientemente de la Corte Interamericana.¹⁶⁸ La Declaración prohija interpretaciones o principios que han surgido en las recomendaciones de órganos establecidos para la defensa de los derechos humanos de Naciones Unidas o de tribunales regionales en materia de derechos humanos. Esto demuestra, que los principios que recoge y las interpretaciones que innova, son producto de mucho análisis y reflexión.

La lucha que generó la sensibilización para la aprobación de la declaración indígena, con el enorme avance en cuanto al reconocimiento de muchos derechos en favor de los pueblos indígenas, marca para Berraondo López, dos épocas y dos procesos. La primera indica que, se inicia y termina con casi treinta años de

¹⁶⁷ Muñoz Onofre, J. P. *La brecha de implementación. Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2016. s/p.

¹⁶⁸ Berraondo López, Mikel. *Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación*. En Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de su implementación. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo Editores (Comps.), Serie Derechos Humanos, Volumen 20, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013. p. 193



lucha, que culmina con un momento estelar e irrepetible, cuando una mayoría aplastante de Estados votó en favor de la declaración, que para el autor constituye una de las revoluciones jurídicas más importantes desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La segunda época, expresa que empezó con el acto mismo de la aprobación de la declaración, que no es más que la consigna de la implementación de los derechos. Agrega, que ese proceso exitoso de incidencia política y producción normativa, requiere de una continuidad igualmente exitosa para hacer realidad esos derechos.¹⁶⁹ Los procesos que señala Berraondo López, indudablemente se complementan, de tal manera que uno no sirve, sin la culminación del otro. Es necesario que, del plano de las buenas intenciones de los Estados, se pase a los hechos concretos, al respeto diario y cotidiano de los derechos de los pueblos indígenas plasmados en la Declaración. Los derechos del documento deben pasar a ser realidades tangibles y palpables. Esto solo se logra con la continuación de la lucha por la materialización de los derechos de los pueblos indígenas.

En cuanto al tema específico del territorio, las tierras y los recursos de los pueblos indígenas, Berraondo López llama la atención de los siguientes aspectos: La Declaración reconoce el derecho al territorio, aunque señala que no integra un artículo que defina de manera clara que es “territorio indígena”. Expresa además que se reconoce el derecho de propiedad sobre el territorio, sobre las tierras y sobre los recursos naturales, pero ese reconocimiento se hace en función de los derechos propios y las costumbres ancestrales.¹⁷⁰ No solamente reconocen los Estados la propiedad sobre los territorios indígenas, sino que además, aceptan importantes limitaciones para el accionar del propio Estado, al conceder a los pueblos indígenas el derecho al consentimiento previo, libre e informado para todas aquellas acciones o medidas que los afecten. La declaración es una base sólida para luchar por su implementación gradual en la legislación interna. Hacer que los Estados pasen del compromiso moral a hechos concretos y vinculantes a nivel del derecho interno.

¹⁶⁹ Ibid. p. 192

¹⁷⁰ Loc. cit.



Por su parte, Regino Montes y Gustavo Torres, afirman que la declaración reconoce, específicamente en el artículo 26, el territorio indígena.¹⁷¹ Contrastando esto con lo manifestado por Berraondo, diríamos que se reconoce el concepto, con alcances jurídicos de territorio indígena, pero existe cierta imprecisión en cuanto al contenido veraz de este. En todo caso, ya existiendo el concepto jurídico, la extensión o alcance de este puede precisarse como parte de la labor interpretativa de los órganos especializados, como la propia Corte Interamericana. La interpretación que en la actualidad debe enfatizarse, es obligatoria para Guatemala, por ser parte del bloque de convencionalidad las decisiones de la Corte en sentencia.

Por otra parte, para Regino Montes y Gustavo Torres, el concepto de integridad territorial, no solamente debe ser interpretado en relación con el territorio de los Estados, sino también debe utilizarse para garantizar y proteger la integridad territorial de los pueblos indígenas, como lo establece la declaración.¹⁷² Los autores proponen un reforzamiento del concepto territorio indígena, equiparándolo a la protección que las leyes internacionales conceden al mismo concepto, solamente que atribuido a los Estados. La propuesta se origina de la importancia y la dimensión del problema que actualmente enfrentan los indígenas, en cuanto al despojo constante y atentados de diverso tipo a sus tierras, territorios y recursos naturales. Una propuesta que está lejos de tener éxito, porque se reconoce el derecho del Estado de disponer en circunstancias especiales, de los territorios y los recursos de los pueblos indígenas. Es mucho más viable el planteamiento de la Corte Interamericana, de establecer parámetros claros e inflexibles, para que el Estado haga uso del poder de intervención en los territorios indígenas solo cuando se dan esas circunstancias excepcionales y siempre con la

¹⁷¹ Montes, Adelfo Regino y Gustavo Torres Cisneros. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades*. En *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*. Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (Comps.), traducción Elaine Bolton, Editorial IWGIA, Copenhague, Dinamarca 2010. p. 172

¹⁷² Loc. cit.



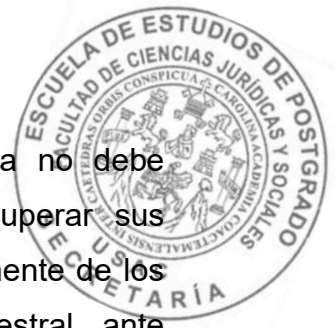
obligación de proporcionar tierras de igual o mejor calidad para los perjudicados o una indemnización suficiente en dinero o en especie.

El concepto de territorio indígena, para Berraondo López, constituye uno de los derechos humanos más complejos y polémicos que existen en la actualidad, lo que explica el rechazo que recibe por parte de los legisladores y políticos, por los elementos materiales e inmateriales que encierra el concepto, que son ajenos al concepto clásico del derecho humano al medio ambiente, lo que hace que se perciba como peligro o amenaza para cuestiones tan delicadas para los Estados como la concepción misma del modelo de Estado, la soberanía y la propiedad de los recursos naturales.¹⁷³ Cuando se delinear o configuran nuevos derechos es hasta cierto punto natural que exista resistencia por parte de los individuos y de los Estados. Todo reconocimiento que haga el Estado, incide en nuevas obligaciones para este y en la posibilidad de conflictos entre los particulares, porque se confrontan intereses.

El autor citado anteriormente, hace referencia al proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, acotando que recoge, como producto del consenso, la existencia de cuatro elementos constitutivos fundamentales de los territorios indígenas, que son: la ocupación ancestral y permanente de los pueblos indígenas, la esencialidad de mantener sus actividades productivas, la esencialidad como hábitat para la supervivencia y reproducción cultural de los pueblos indígenas, más el funcionamiento permanente en ese hábitat de sus instituciones y autoridades internas.¹⁷⁴ Existen criterios jurisprudenciales que en su momento estaremos analizando, que no establecen como condición *sine qua non*, que el pueblo indígena esté en el presente bajo la ocupación del territorio o de las tierras. Existen innumerables conflictos de reciente data, por los cuales los pueblos indígenas sufrieron el despojo de sus tierras o

¹⁷³ Berraondo, Mikel. *Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente*. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Mikel Berraondo (Comp.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006. p. 482

¹⁷⁴ Loc. cit.



territorios, perdiendo la ocupación ininterrumpida. Esa circunstancia no debe impedir que se puedan realizar acciones reivindicativas para recuperar sus propiedades, por lo que el criterio de la ocupación ancestral y permanente de los territorios no debe prevalecer, siendo suficiente la ocupación ancestral, ante circunstancias como la pérdida de la propiedad colectiva de sus tierras por actos ilegales e injustos, para que proceda su reclamo y recuperación.

Los diferentes organismos internacionales reconocen la potestad del Estado, para disponer en determinados casos, de los recursos o el traslado de los pueblos indígenas de sus territorios o tierras. Pero esa limitación que proviene del derecho de dominio colectivo que los pueblos indígenas deben soportar sobre el recurso más valioso que poseen, como la tierra, tiene por supuesto límites. De esa manera lo expresa Maia Sophia Campbell, cuando señala que hay circunstancias en que cualquier restricción de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales de estas, puede y debe ser inadmisibles. Esas circunstancias extraordinarias, de acuerdo con la citada autora, se dan cuando las actividades propuestas amenazan la supervivencia de un grupo indígena como tal.¹⁷⁵ Indudablemente se puede incluir entre esas limitaciones legítimas, para que el Estado disponga de territorios y sus recursos naturales, aquellas que afecten o pongan en peligro derechos esenciales para las comunidades indígenas como la salud, la integridad y la vida de sus miembros.

2.6 Derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica

La región latinoamericana, de cual forma parte Guatemala, es, sin duda, una de las regiones culturalmente hablando más ricas del mundo. Existen cientos de pueblos indígenas en los países de la región. Estas comunidades, después de siglos de abandono, explotación e indiferencia, empiezan una época de reafirmación de sus derechos, desde lo social, político y jurídico, al amparo de

¹⁷⁵ Campbell, Maia Sophia. Op. cit. p. 130



instrumentos legales internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Las comunidades indígenas luchan por su identidad, autonomía, la jurisdicción propia, el derecho a ser consultados en temas de trascendencia que los afecte y principalmente el elemento toral de su existencia: tierras y territorio. Es importante como parte de una región que cuenta con características comunes, conocer las experiencias y avances constitucionales en el tema de derechos indígenas, principalmente en la lucha por la propiedad colectiva de la tierra. A este respecto concordamos con Hernán Darío Correa, cuando expresa que se ha creado el reto de construir una globalización alternativa que permita el intercambio de experiencias entre los pueblos indígenas y las instituciones relacionadas con ellos.¹⁷⁶ Si el liberalismo globaliza el mercado, también se debe globalizar la lucha por los derechos fundamentales de la población frente al poder del Estado y los grupos reales de poder, que dirigen muchas veces las políticas del Estado tras bambalinas. La lucha de los pueblos indígenas por sus derechos debe ser conocida y compartida en temas tan importantes como la reivindicación de la propiedad colectiva, principalmente de la tierra. De esta manera, eventualmente se puede adoptar soluciones que han servido para resolver el mismo problema en el derecho constitucional de los países de la región.

2.7.1 México

México tiene el gran honor de haber promulgado la primera Constitución que recoge derechos sociales del mundo. La Constitución mexicana de Querétaro precede a las constituciones de Weimar y la Bolchevique, que la secundan en la innovación constitucional para la época de regular derechos sociales.

¹⁷⁶ Darío Correa, Hernán. *Derechos indígenas, globalización y derechos humanos: el reto del reconocimiento de la diversidad cultural en América Latina*. En *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. José Aylwin (Comps.), Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004. p. 140



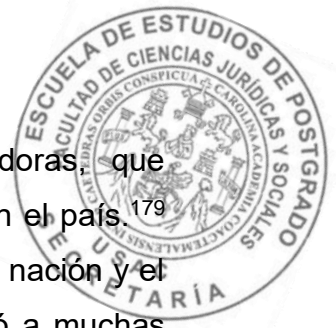
México tiene comunidades indígenas milenarias, en su mayoría descendientes de la cultura azteca y maya. En la cultura azteca prehispánica, la forma básica de propiedad de la población en general, exceptuando a la clase noble, militar y sacerdotal, era la comunal o colectiva. Propiedad de la cual fueron despojados los indígenas a lo largo de la época colonial y aun en la etapa republicana. En esa época solo la Corona tenía el señorío sobre todas las tierras, el único poder que podía cederla a los conquistadores y a las propias comunidades indígenas que la poseían desde siglos. Ya en la época republicana, ocurre la reforma agraria amparada en la ley de 1856,¹⁷⁷ que buscaba la desamortización de la tierra o ley de manos muertas, para despojar las grandes posesiones de tierras, principalmente de las comunidades religiosas, con la intención de dividirla, adjudicarla y hacerla producir. La meta elevada de esta reforma, era el desestanco de la propiedad, para darle valor y hacer la producir.

Pero señala Enrique Canudas, que el proceso histórico dio un claro mentís a la ideología liberal de la época, porque las leyes del sistema capitalista actuaron fríamente, con lo cual la ley favoreció a los ricos, creando una nueva clase de latifundistas. Tampoco se logró el desmembramiento de las posesiones eclesiásticas, que de hecho constituían verdaderos mayorazgos, pero sí incluyó a las propiedades comunales, lo que fue un desastre para tales comunidades.¹⁷⁸ Sucede casi siempre, que se promulgan leyes que no son efectivas para los propósitos para las cuales fueron destinadas, pero si son efectivas para perjudicar a los más desprotegidos. Esto sucedió con las poblaciones indígenas mexicanas con la Ley Lerdo o de Desamortización de Bienes de Manos Muertas, del 25 de junio de 1856.

Pero, la historia de despojos y de concentración de la propiedad de la tierra en México continúa. Expresa María Gudiño que, en 1883, Manuel González

¹⁷⁷ Ley Lerdo o Desamortización de Bienes en Manos Muertas, promulgada el 25 de junio de 1856, México.

¹⁷⁸ Canudas Sandoval, Enrique. *Las venas de plata en la historia de México. Síntesis de historia económica siglo XIX*. Tomo III. Editorial Utopía S.A. de C.V., Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2005. p. 1483



promulga el Decreto sobre Colonización y Compañías Deslindadoras, que sentaban las bases legales y jurídicas de la colonización extranjera en el país.¹⁷⁹ La ley establecía cómo debía realizarse el deslinde de las tierras de la nación y el procedimiento para adquirir la propiedad de estas.¹⁸⁰ La ley favoreció a muchas compañías extranjeras, especialmente estadounidenses, que contaban con mejores recursos técnicos y económicos. Pero señala Gudiño, que como complemento a la ley de colonización y deslinde, Porfirio Díaz en 1894 decreta la Ley de Ocupación y Enajenación de Terrenos Baldíos, que facilitaba aún más que la ley anterior el acaparamiento de la tierra, ya que no solo las compañías, sino todo habitante de la República tenía derecho de denunciar y pedir en adjudicación terrenos baldíos.¹⁸¹ Por todo esto, existe razón cuando se indica que el régimen de Porfirio Díaz sentó las bases de la futura Revolución Mexicana, cuya base social fue eminentemente campesina, denominativo entre los cuales se encontraban los pueblos indígenas de México. Fue una revolución sangrienta que construyó en muchos aspectos las bases sociales y económicas del México actual.

Para muchos, la Constitución mexicana, pese a ser producto de la Revolución cuya base social era inmensamente indígena, se olvida de los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera lo señala Velasco Gómez, cuando proclama que si bien la Revolución de 1910 reivindicó la democracia contra la dictadura porfirista y los derechos de los pueblos indios a las tierras de las que habían sido despojados, los gobiernos posrevolucionarios no establecieron régimen democrático alguno ni tampoco reconocieron los derechos de los pueblos indígenas.¹⁸² La Constitución mexicana de 1917 establece un catálogo de derechos sociales en favor de campesinos y obreros, pero no derechos específicos para las culturas indígenas. Se debe tener presente que aquellos eran

¹⁷⁹ Gudiño, María Rosa. *Finqueros extranjeros en el Soconusco, legislación y colonización*. En Estudios campesinos en el Archivo General Agrario. Vol. 2, Editora Lourdes Romero Navarrete, Editorial Ciesas, México, 1999. p. 30

¹⁸⁰ Loc. cit.

¹⁸¹ Ibid. p. 31

¹⁸² Velasco Gómez, Ambrosio. *Del indigenismo histórico a la nacionalidad multicultural*. En Modernidad iberoamericana. Cultura, política y cambio social. Vervuert, Madrid, España, 2009. p. 529



los tiempos en que se pensaba que el indígena debía incorporarse a la forma de vida de la cultura no indígena. Esa era la visión de progreso y desarrollo que se tenía, desde los otros, los no indígenas, para los descendientes de las culturas prehispánicas, desde una actitud paternalista.

La Constitución mexicana, no obstante, si tomamos las condiciones del constitucionalismo de la época, que estaba lejos de concebir los derechos de los pueblos o derechos colectivos, introduce una importante disposición precisamente relativa a tierras comunales, que, sino reivindica a plenitud los derechos de los pueblos indígenas, al menos les otorga una base de defensa de la propiedad de sus territorios y tierras. Expresa León-Portilla que, gracias a Zapata, se abre ese resquicio en la Constitución para restituir la propiedad comunal a los pueblos y a los ejidos. Menciona que se utiliza la expresión “tribus”, por lo que entiende mucha gente que se refiere a indios, pero el autor les recuerda que esa es una palabra romana.¹⁸³ No existe una expresión clara que haga referencia al tema “indígena”, aunque sí a lo comunal, que, sin duda, los abarca a ellos. Concretamente el artículo 27 de la Constitución, párrafo VI, ya reformado en lo conducente, establecía que los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido o restituyeren, conforme a la ley del 6 de enero de 1915. El párrafo introducido agregaba que la ley determina la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras. Nótese que la Constitución prevé que la mancomunidad es transitoria, porque dispone que la ley determinará el procedimiento para hacer la repartición. No se concibe la tierra comunal o colectiva, como un estado natural de propiedad de los pueblos indígenas. La reconoce como la base para originar la propiedad individual de los individuos que componen la propiedad comunal. La Constitución todavía es

¹⁸³ León-Portilla, Miguel. *Pueblos indígenas de México. Autonomía y diferencia cultural*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003. p. 226



influenciada por las ideas liberales de la época, en que sacraliza la propiedad individual como la forma perfecta de propiedad.

Para el año 1990, como consecuencia del olvido constitucional de los pueblos indígenas, México era uno de los países más atrasados en materia de legislación indígena a nivel de Latinoamérica. Pero ese año ratifica el Convenio 169, primer país latinoamericano y segundo a nivel mundial, dando lugar con la ratificación a que el Convenio entrara en vigor en 1991.

En 1992, tienen lugar, en México, dos reformas de la Constitución, específicamente del artículo 27, numeral romanos II, que incorpora un párrafo claro y expreso que indicaba: “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”. Aproximadamente un mes después se reforma el artículo 4º, que adiciona un párrafo que introduce la composición étnica pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Establece igualmente que la ley protegerá, entre otros aspectos, las lenguas, culturas, usos y costumbres y formas específicas de organización social.

El 26 de febrero de 1992, se promulga la Ley Agraria, que desarrolla las nuevas disposiciones constitucionales. Tiene la peculiaridad que, por primera vez en el derecho mexicano, desarrolla de manera especial la propiedad comunal. El capítulo V, se denomina “De las comunidades”. Esto no significa de ningún modo que la reforma constitucional de 1992 haya creado las figuras jurídicas de: comunidad y la propiedad comunal. Es solo el reconocimiento de una forma de organización social indígena milenaria, que pervivió durante la colonia y de una histórica forma de propiedad de la tierra. El artículo 98 de la referida ley, establece las condiciones para el reconocimiento de una comunidad agraria. Exige el requisito de establecer un procedimiento de acción agraria de restitución, para las comunidades despojadas de su propiedad. También puede ser un acto de jurisdicción voluntaria promovido por quienes guardan el estado comunal, siempre que no exista litigio en materia de posesión y propiedad comunal. Es decir que el



derecho a la posesión o la propiedad comunal de la tierra de la comunidad indígena no estén en disputa. En tercer lugar, está la resolución de un juicio promovido por quienes conserven el estado comunal, cuando exista litigio u oposición de parte interesada. Por último, está el procedimiento de conversión de ejido a comunidad. La ley a través de esos procedimientos busca dar certeza sobre la propiedad comunal indígena, porque de estos se deriva el registro a manera de título en los registros públicos de la propiedad y agrario nacional.

La figura más interesante de lo establecido en el artículo 98 de la Ley Agraria, es, sin duda, el procedimiento de restitución que tienen las comunidades indígenas que fueron despojadas de su propiedad. Esta acción les permite reivindicar las tierras que de forma arbitraria les despojaron en el pasado. Menciona Manuel Fabila, que esta institución en México es histórica. Surgió en los movimientos revolucionarios de 1910, plasmado desde el Plan de San Luis, pero consolidado en los subsiguientes planes del movimiento revolucionario en materia agraria, hasta plasmarse en la Constitución de 1917 en el artículo 27. Agrega el autor que la Constitución en el referido artículo reconocía la propiedad comunal conformada conforme a la Ley del 6 de enero de 1915.¹⁸⁴

La ley del 6 de febrero de 1915, establecía en el artículo 6º., que las solicitudes de restitución de tierras pertenecientes a los pueblos que fueron invadidos u ocupados ilegítimamente, las podían presentar en los estados directamente ante los gobernadores y en los distritos y Distrito Federal, ante las autoridades políticas superiores. Además, disponía que en caso de que el estado de guerra dificultara la acción de los gobiernos locales, las solicitudes de restitución debían presentarse directamente ante los jefes militares que estuvieran autorizados por el Poder Ejecutivo.¹⁸⁵ De manera que las reformas constitucionales de 1992 solo mantienen vigente el procedimiento de restitución en el artículo 27, fracción VII, último párrafo que establece: “La Restitución de tierras,

¹⁸⁴ Fabila, Manuel. *Cinco siglos de legislación agraria*. 1ª. edición, Ediciones Gubernamentales de la S.R.A México, D. F., 1981. p. 309

¹⁸⁵ Loc. cit.



bosques y aguas a los núcleos de población se hará en los términos de la ley reglamentaria”. Esta disposición que se desarrolla en la Ley Orgánica de Tribunales Agrarios, artículo 18, fracción II, indica que los referidos tribunales conocerán de la restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población o a sus integrantes, contra los actos de autoridades administrativas o jurisdiccionales, fuera de juicio, o contra actos de particulares.

El procedimiento de restitución de tierras comunales, por derecho ancestral de posesión, tenencia o propiedad, es uno de los actos más difíciles de implementar por parte de un Estado. Esto, porque implica eventualmente lesionar actos de terceros de buena fe. Pero es una disposición valiente y de justicia histórica del derecho constitucional mexicano en favor de los derechos de los pueblos indígenas.

Las reformas constitucionales que se llevan a cabo bajo la influencia de las disposiciones del Convenio 169, establecen de manera específica que, en los casos de conflictos agrarios, la jurisdicción oficial tomará en cuenta sus usos y costumbres. Estas reformas introducen de lleno al derecho constitucional mexicano en el tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas y de manera específica, en el tema de la propiedad colectiva de la tierra.

En las reformas, empero, se introduce una disposición que fue objeto de polémica y protestas por parte de los grupos indígenas, porque daba la posibilidad de privatizar los ejidos y la propia propiedad colectiva. Señalan Moisés Bailón y Carlos Brokmann que, “Resultaba contradictorio que por un lado se declarara la protección de la integridad territorial de los pueblos indígenas y al mismo tiempo se abrieran las posibilidades para la desintegración de los ejidos y comunidades, uno de los principales logros de la Revolución de 1910”.¹⁸⁶ En opinión de los autores citados, esta situación se daba a las puertas de la negociación del Tratado de Libre Comercio con Norteamérica, por lo que al neoliberalismo le interesaba

¹⁸⁶ Bailón Corres, Moisés Jaime y Carlos Brokmann Haro. *Los pueblos indígenas de México y sus derechos: una breve mirada*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015. p. 60



propiciar la privatización de las tierras ejidales y comunales.¹⁸⁷ Esta disposición que fue vista como un retroceso por los pueblos indígenas, más las demandas indígenas insatisfechas y el avance internacional en la defensa de sus derechos, dio paso al surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en el estado de Chiapas, en la frontera sur que comparte México con Guatemala. Era este, de acuerdo con Moisés Bailón y Carlos Brokmann, un movimiento que declara la guerra al Estado mexicano, proclamando que luchaban por trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, independencia, libertad, democracia, justicia y paz. Pero más adelante, sumarían a sus demandas el reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.¹⁸⁸

La lucha de los pueblos indígenas mexicanos, se materializa en las reformas constitucionales del año 2001. Estas reformas, pese a la inconformidad manifestada por los interesados, por ciertas modificaciones al proyecto que fue discutido por las organizaciones indígenas, incluyendo al EZLN, constituyeron un importante avance. El artículo 2º Constitucional reformado, introduce la prohibición de la discriminación, entre otros aspectos, por el origen étnico o nacional. La composición pluricultural de la nación, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que podrán conservar sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. El tema de la identidad, se rige por la conciencia de la identidad de los integrantes de los pueblos indígenas, que forman una unidad económica y social, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

La reforma reconoce el derecho a la libre determinación y a la autonomía, que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Este reconocimiento constitucional, influye en muchos aspectos de la organización social indígena, de los cuales destacamos la decisión de sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. Además, se reconoce la aplicación de sus propios sistemas normativos en la

¹⁸⁷ Loc. cit.

¹⁸⁸ Loc. cit.

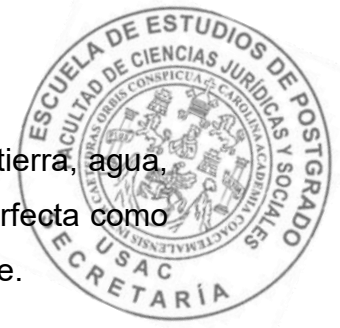


regulación de sus conflictos internos, entrando de lleno en el pluralismo jurídico. Por otra parte, les permite elegir, de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a sus autoridades o representantes, para el ejercicio de las formas de gobierno interno.

Las reformas vistas globalmente son buenas y constituyeron un avance para los derechos de los pueblos indígenas en México. Entonces, por qué suscitó el rechazo del EZLN y de las organizaciones indígenas. Para Magdalena Gómez Rivera, las inconformidades se debieron principalmente a lo siguiente: la reforma nace supeditada al reconocimiento de las constituciones y leyes estatales, lo que fue rebatido por ser contrario a la jerarquía de las normas. No se abordaron conceptos como tierras y territorios, las que fueron sustituidas por expresiones como lugares que habitan y ocupan. El otro aspecto esencial, fue que el poder legislativo no fue capaz de garantizar el uso y disfrute de los recursos naturales de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Y por último, merece mención la especial circunstancia que en todo conflicto sobre tierras y territorios estaba garantizado los intereses de terceros, pero no cualquier interés de tercero es reivindicable, sino solo aquel que demuestre que su derecho ha sido violado, lo que constituía una condicionante genérica que consigna una virtual preferencia en favor de cualquier interés distinto al de los pueblos indígenas.¹⁸⁹ Cuando se conocen las interioridades de la inconformidad por las reformas, se debe aceptar que estaban justificadas.

La eficacia de una disposición de la Constitución Federal, no puede depender del reconocimiento de las constituciones estatales. No se entiende la negativa de los constituyentes de llamar por su nombre las tierras indígenas. Sobre todo la expresión territorio indígena tiene un significado jurídico especial, por ser el lugar donde la comunidad indígena ejerce la autoridad y desarrolla sus formas de organización social. Al concepto de territorio indígena, está ligado el

¹⁸⁹ Gómez Rivera, Magdalena. *Los pueblos indígenas y la razón de estado en México: Elementos para un balance*. En Revista Nueva Antropología, Teresa Valdivia Dounce (Comp.), volumen 26, número 78, México, 2013. p. 53



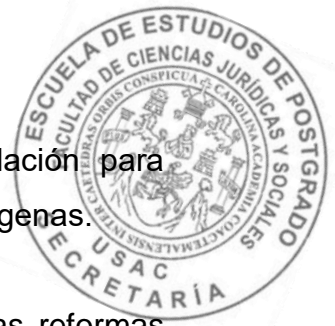
derecho de las comunidades de disponer de los recursos ligados a la tierra, agua, bosques y la caza. La propiedad colectiva de la tierra no puede ser perfecta como propiedad, sino se reconoce el goce y disfrute de los frutos que produce.

Para profundizar en el tema de la tierra, que eje principal de la presente investigación, menciona Francisco López Bárcenas, que existe un problema de fondo, por cuanto la iniciativa que dio origen a la reforma constitucional del artículo 27, proponía reconocer territorios de los pueblos indígenas, para que pudieran acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales existentes en sus territorios, entendidos en los términos del Convenio 169, pero la reforma constitucional la desnaturalizó.¹⁹⁰ Para Aziz Nassif, el problema de omitir el “término” territorio y convertirlo en “lugares” es que, despoja a los pueblos indios del espacio físico para el ejercicio de la autonomía. Esto conlleva además, no reconocer el derecho constitucional que tienen los pueblos para acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales que se encontraban en sus tierras y territorios.¹⁹¹ Ciertamente, la omisión del término territorio en la reforma constitucional, constituye una gran limitante, porque el término como ya indicara *ut supra*, tiene un significado específico de conformidad con el Convenio 169, del cual México es signatario. Es una limitante que conlleva peligros. El lugar que habitan, puede ser interpretado como el espacio físico donde la persona indígena vive o reside o en todo caso donde reside la comunidad. Pero, el territorio indígena comprende los lugares que la comunidad explota, estas son las tierras que hacen producir, los lugares que ocuparon sus ancestros, sitios y lugares sagrados. Además, comprende los recursos naturales como fuentes de agua, ríos, lagos, etc. Por lo que la estratagema, porque, sin duda, fue una acción intencional, impide el ejercicio de la autonomía y el uso de los recursos del territorio que ocuparon los ancestros de los pueblos indígenas. Estos son los resquicios que los

¹⁹⁰ López Bárcenas, Francisco. *Derechos indígenas en México*. En Identidades culturales y derechos humanos. Manuel Calvo García (Comp.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Editorial Dykinson, México, 2002. p. 162

¹⁹¹ Aziz Nassif, Alberto. *México, al inicio del siglo XXI. Democracia, ciudadanía y desarrollo*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2003. p. 104

grupos de poder por medio de sus maniobras dejan en la legislación para beneficiarse a costa de los derechos legítimos de las comunidades indígenas.

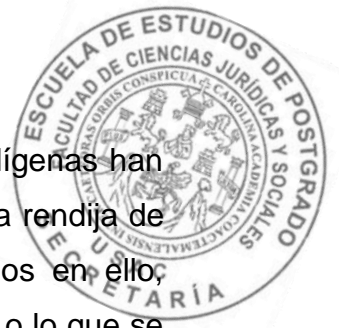


Pero al margen de los inconvenientes que siempre los hay, las reformas constitucionales en materia agraria y el posterior desarrollo en la Ley Agraria, sin duda, permitieron un significativo avance en favor de los pueblos indígenas en México. El artículo 99 de la referida ley establece los efectos jurídicos del reconocimiento de una comunidad. En primer lugar, está el reconocimiento jurídico de la personalidad del núcleo de población y la propiedad sobre la tierra. Permite la organización de las comunidades indígenas a través del Comisariado de Bienes Comunales, como órgano de representación y gestión administrativa de los comuneros. Dota las tierras comunales de las características especiales de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Por último, reconoce los derechos y obligaciones de los comuneros de conformidad con la ley y el estatuto comunal.

En México tiene lugar un gran avance con la ratificación del Convenio 169. En ese proceso de adecuación del derecho interno a las regulaciones del Convenio, se da la reforma constitucional de 1992 y los sucesivos cambios en la legislación ordinaria mexicana, que, sin duda, constituye un parteaguas importante en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, con el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades, del derecho propio, su forma de organización y tutela efectiva del Estado federal. Esto no significa que todo está hecho, sino que son las condiciones básicas que los pueblos indígenas necesitan para luchar por sus derechos, desarrollo social y económico, dentro de un marco de absoluto respeto a su forma de vida.

2.7.2 Colombia

La historia de los pueblos indígenas de Colombia, no es muy distinta de la historia del resto de indígenas de América Latina. Una historia de despojos de sus tierras, pobreza e incertidumbre por el futuro. Pero si en algún país de nuestro



hemisferio existe alguna esperanza es en Colombia. Los derechos indígenas han evolucionado en el derecho constitucional colombiano, lo que abre una rendija de esperanza para el porvenir. Claro está que, como siempre insistimos en ello, existe una diferencia marcada, entre las disposiciones constitucionales o lo que se establece en la ley fundamental y la realidad. Pero los derechos fundamentales establecidos en una constitución, constituyen una base sólida para cambiar la realidad de un país.

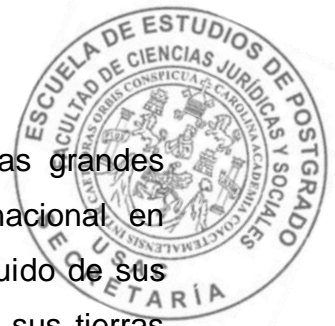
La verdad es que la situación actual de los indígenas colombianos sigue siendo precaria. No obstante, que este sector ocupa únicamente el dos por ciento de la población. Amnistía Internacional advierte que el derecho a las tierras ancestrales es vital para los indígenas en Colombia, al igual que para los de otros lugares. Recuerda que la tierra es un elemento esencial de su sentido de identidad, sustento y modo de vida, lo que es sumamente decisivo para su futuro.¹⁹² La tierra para los indígenas colombianos, como para toda cultura indígena, es un elemento universal de sustento vital, material y espiritual. Se puede afirmar que la tierra es el principio y el fin esencial de su existencia.

En Colombia los indígenas fueron y continúan siendo objeto de despojo de sus tierras. Amnistía Internacional deja al descubierto esta triste realidad. Hay ausencia de títulos seguros de propiedad de sus tierras ancestrales, hay discriminación y marginación, factores que agravan su situación.¹⁹³ Agrega Amnistía Internacional que muchos indígenas son propietarios legales colectivos de los territorios en los cuales viven, pero, aproximadamente, una tercera parte viven en tierras, sin tener títulos de propiedad, lo que los hace especialmente vulnerables a sufrir desplazamientos forzados.¹⁹⁴ La tierra por ser un medio de producción finita es codiciada por el capitalismo para iniciar proyectos económicos, bajo la fachada de proyectos de desarrollo social y económico que se

¹⁹² Amnistía Internacional. *La lucha por la supervivencia y la dignidad. Abusos contra los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia*. Edición en español Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Valderribas, España, 2010. p. 10

¹⁹³ Loc. cit.

¹⁹⁴ Loc. cit.



elevan a la categoría de interés nacional. Este tipo de robos de las grandes empresas capitalistas también es denunciado por Amnistía Internacional en Colombia. Esto cuando apunta que una vez que los indígenas han huido de sus tierras por temor a perder la vida, en muchas ocasiones se habilitan sus tierras para iniciar proyectos de desarrollo económico a gran escala.¹⁹⁵

En Colombia la propiedad colectiva indígena tiene asidero constitucional y un régimen especial de protección. El artículo 329 de la Constitución de Colombia es el fundamento constitucional de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la República. De esta manera lo ha declarado la Corte Constitucional colombiana cuando expresa:

El derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende, en el orden interno, del artículo 329 superior, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que atribuye a los citados territorios las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles.¹⁹⁶

Este régimen especial de la propiedad colectiva es de mucha importancia por lo esencial que la tierra es para las comunidades indígenas. Porque en Colombia, según el Proyecto de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la propiedad colectiva indígena representa el 25.2 por ciento del territorio continental del país. Además, hay un cinco por ciento en manos de comunidades afrodescendientes, por el mismo concepto de propiedad comunal.¹⁹⁷ Esas enormes extensiones de tierra y los inmensos recursos que yacen bajo el subsuelo, despierta constantemente la ambición por poseerla, de parte no solamente de los particulares, sino principalmente, de empresas dedicadas a

¹⁹⁵ Loc. cit.

¹⁹⁶ Sentencia T-235 de 2011, de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁹⁷ PNUD. *Colombia rural: razones para la esperanza*. Informe nacional de desarrollo humano 2011, Marcela Giraldo (Comp.), Bogotá, Colombia, 2011. p. 74



diversas actividades. Por esa razón, las comunidades indígenas deben estar en constante defensa de su principal fuente de subsistencia: la tierra.

En la jurisprudencia constitucional colombiana, también encontramos la vinculación espiritual que existe entre la propiedad colectiva y los grupos indígenas. En una de las sentencias la Corte Constitucional define la propiedad colectiva como el derecho que reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. También ha expresado que la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan es no solo por ser su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.¹⁹⁸ La Corte Constitucional colombiana, aplica el principio de protección constitucional de diversidad étnica y cultural, al hacer la relación de la propiedad colectiva con la cosmovisión y religiosidad de los pueblos indígenas. De esa relación deviene la concepción de la propiedad colectiva como parte de la integridad cultural de los pueblos indígenas.

Ha manifestado la Corte Constitucional que la propiedad colectiva, la jurisdicción especial indígena y el autogobierno de las comunidades, resulta ser un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las que, al ejercer sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el autoreconocimiento de sus espacios de expresión colectiva.¹⁹⁹ Se puede observar como la propiedad colectiva de la tierra y sus recursos, se erige como pilar de la identidad misma de las comunidades indígenas. Esta forma de propiedad está ligada a la naturaleza íntima, a la identidad de cada indígena en lo individual y en cada comunidad en general. De ello se desprende toda una forma de apreciar el mundo social, cultural y natural.

¹⁹⁸ Sentencia T-88 de 1993, de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁹⁹ Sentencia T-300 de 2015, de la Corte Constitucional de Colombia.



Por otra parte manifiesta la jurisprudencia constitucional colombiana, que el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas comprende: (i) el derecho a constituir resguardos; (ii) la protección contra actos de terceros (iii), según los precedentes, este derecho es además un medio para garantizar la integridad étnica y la supervivencia de los pueblos indígenas.²⁰⁰ Por ello el reconocimiento de la propiedad colectiva por el sistema legal no indígena es fundamental, porque un sistema de propiedad colectivo de la tierra, puede más fácilmente resistirse a los intentos de despojo. Una comunidad puede en teoría proteger mejor la tierra que un individuo. Sin propiedad colectiva las comunidades indígenas no pueden sobrevivir como núcleo humano homogéneo. Por esa razón, también es esencial para garantizar la integridad étnica. Por último, cae por su propio peso, que la propiedad colectiva es la fuente de trabajo y supervivencia de las comunidades. De la tierra obtienen sus frutos y alimento.

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia, también ha expresado que los derechos fundamentales de los grupos étnicos pueden agruparse en torno a cuatro conceptos principales, a saber, el derecho a la subsistencia, el derecho a la identidad étnica y cultural, la consulta previa y la propiedad colectiva de la tierra.²⁰¹ De forma muy atinada la Corte colombiana ha creado un bloque de derechos propios para las comunidades indígenas, entre los que se encuentra la propiedad colectiva de la tierra. Son cuatro conceptos o derechos que están interconectados. De la existencia y respeto de cada uno de ellos, depende la existencia y efectividad de los demás.

El régimen especial que la Constitución de Colombia ha delineado para la propiedad colectiva de la tierra, está fundamentado en el artículo 63, que establece que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Las tierras indígenas comparten este régimen especial junto a las tierras de uso público y el patrimonio arqueológico de la nación en Colombia. Señala el Centro Internacional de

²⁰⁰ Sentencia T-387 de 2013, de la Corte Constitucional de Colombia.

²⁰¹ Sentencia T-052 de 2017, de la Corte Constitucional de Colombia.



Investigaciones para el Desarrollo, que la Ley 21 establece los presupuestos para conformar los territorios indígenas, que son definidos como las áreas que una comunidad indígena posee regular o permanentemente. Por medio de la referida ley 21, agrega el citado centro de investigaciones, Colombia aprobó la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, lo que significa que la ley remite a las disposiciones del Convenio para conformar los territorios indígenas.²⁰²

Por otra parte, el artículo 286 constitucional, otorga a los territorios indígenas la categoría de entidad territorial. Calidad que tienen los territorios indígenas, al igual que los departamentos, los distritos y los municipios. Es decir que forman parte de la división política del territorio. Especialmente importante es el artículo 287, que concede la autonomía a las entidades territoriales, para elegir a sus propias autoridades, ejercer las competencias que les correspondan y administrar los recursos, entre otras funciones. Pero las disposiciones de los artículos citados, no pueden ser completas, sin el cumplimiento por parte del legislador del mandato del artículo 329 del mismo cuerpo constitucional. El mandato consiste en la conformación de las entidades territoriales indígenas con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. La delimitación está a cargo del gobierno nacional con la participación de los representantes de las comunidades indígenas.

El Congreso colombiano aprueba en 2011, la Ley 1454, denominada Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. Pero esta omitió regular los aspectos constitucionales ya indicados. Es decir, la regulación específica del procedimiento y requisitos que se deben cumplir para el establecimiento de las entidades territoriales indígenas. En consecuencia, la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de la referida ley, resuelve inhibirse por no ser competente para emitir un juicio de constitucionalidad, porque indica que el legislador incurrió en

²⁰² CIID. *Protegiendo la biodiversidad. Leyes nacionales que regulan el acceso a los recursos genéticos en el continente americano*. Susan Perkoff Bass y Manuel Ruiz Muller (Comp.), Ediciones Piriguazú, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Costa Rica, 2001. p. 29



una omisión legislativa absoluta, al no regular lo relativo a las regiones como entidades territoriales y a las entidades territoriales indígenas como lo dispone el artículo 329 constitucional. A la vez, exhorta al Congreso de la República, ante el deber constitucional incumplido, a regular la materia omitida.²⁰³

El incumplimiento del deber constitucional de desarrollar la disposición relativa a la conformación de las entidades territoriales indígenas, muestra como el Congreso rehúye dar certeza jurídica a las comunidades indígenas en relación con la tierra. La autora Figuera Vargas, señala que esta disposición constitucional no ha sido efectiva, debido que el legislador ha eludido o diferido el problema, porque dicha regulación implicaría el agotamiento necesario de la consulta previa a los representantes de las comunidades indígenas.²⁰⁴ Todo esto, lleva a la autora a concluir, que la amplia protección de las comunidades indígenas, su atomización e incluso su condición de minoría política, justifiquen la omisión legislativa en la ineficacia instrumental del Estado, que no puede ejecutar los mecanismos necesarios para hacer eficaz la consulta.²⁰⁵ Es un caso patético de ineffectividad constitucional, por ser superada la norma constitucional por la realidad y por la falta de voluntad política. La citada autora agrega que, la propia Corte Constitucional de Colombia, se declara inhibida para resolver la omisión legislativa absoluta, por lo que opta por exhortar al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que regulen lo concerniente a las regiones como entidades territoriales.²⁰⁶

Para salvar la situación de falta de efectividad de la autonomía de las entidades territoriales indígenas, el presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo transitorio 56 de la Constitución, emite el Decreto 1953 en 2014, que permite que las comunidades indígenas puedan

²⁰³ Sentencia C-489 de 2012, de la Corte Constitucional de Colombia.

²⁰⁴ Figuera Vargas, Sorily Carolina. *Autodeterminación indígena en Colombia. Estudio jurídico –político del caso de la comunidad Mokana de Malabo en el Caribe colombiano*. Editorial Universidad del Norte, Bogotá, Colombia, 2016. p. 16

²⁰⁵ Loc. cit.

²⁰⁶ Loc. cit.



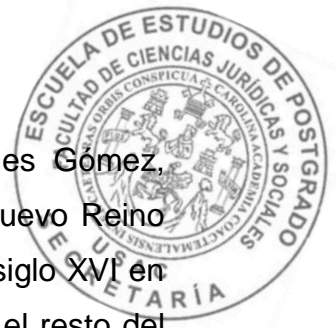
organizarse en territorios indígenas transitorios, mientras el Congreso aprueba la ley orgánica respectiva de ordenamiento territorial.²⁰⁷ El Ejecutivo colombiano ha venido a salvar una situación de precariedad constitucional, que si bien les permite a las comunidades indígenas el ejercicio de los derechos que la Constitución establece, permanecen bajo la constante incertidumbre, porque en cualquier momento su situación legal, en cuanto a la autonomía de sus territorios puede variar, puesto que la propia Corte Constitucional se ha inhibido frente a la omisión legislativa del Estado.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-525 de 1998, al hacer referencia a la diversidad étnica y cultural, hace una precisión de las entidades territoriales. Indica el tribunal constitucional que el Estado respeta la identidad de todas y cada una de las comunidades indígenas, sus costumbres, su historia, sus creencias, sus formas de vida y desde luego, sus territorios ancestrales, que inclusive merecen ser considerados como entidades territoriales, con las características y los derechos que le son propios dentro del ordenamiento.²⁰⁸ Puede apreciarse que la condición de ser territorios que fueron ocupados por los ancestros, es el presupuesto principal para la creación de una entidad territorial indígena. La Constitución les concede autonomía para autogobernarse, establecer las políticas de desarrollo social y económico, como la distribución colectiva de los recursos. Las comunidades indígenas colombianas tendrán que esperar que se supere la omisión legislativa y de esta manera, adquirir la certeza jurídica de contar con entidades territoriales debidamente conformadas.

El artículo 329 de la Constitución también hace referencia a los resguardos. Señala que son propiedad colectiva, y no enajenable. De manera que por mandato constitucional los territorios denominados resguardos claramente tienen una condición de propiedad colectiva, con carácter de no enajenable. Se puede inferir que estos territorios tienen, en las actuales circunstancias, una mayor protección

²⁰⁷ Decreto 1953, de 7 de octubre de 2014, presidente de la República de Colombia.

²⁰⁸ Sentencia número C-525, de fecha 25 de septiembre de 1998, de la Corte Constitucional de Colombia.



constitucional que las entidades territoriales indígenas. Jorge Morales Gómez, devela las raíces coloniales de los resguardos indígenas: fue en el Nuevo Reino de Granada que se establecieron los primeros resguardos a fines del siglo XVI en las provincias de Santa Fe y Tunja, los que luego se extendieron por el resto del territorio. Añade el autor, que los resguardos consistían en una institución agraria, una porción de tierra que se daba en propiedad a las comunidades de aborígenes para que ellas lo usufructuaran a través de adjudicaciones de parcelas familiares. Hace la acotación que en los resguardos no había lugar para la propiedad privada de la tierra, propiedad colectiva que recibía la comunidad a partir de la expedición de una real cédula que fijaba los límites de cada resguardo.²⁰⁹ Puede apreciarse, que desde tiempos coloniales, los resguardos tienen básicamente las mismas características que ostentan en la actual Constitución de Colombia, la de ser porciones territoriales, son propiedad de la comunidad indígena, la titularidad de la propiedad sobre el resguardo la tiene la colectividad y para fines de explotación se asignan porciones familiares.

El mérito de Colombia fue haber elevado a nivel constitucional la regulación de los resguardos indígenas. Pero ha sido producto de una lucha de mucho tiempo de los pueblos indígenas, que persiste hasta el presente, porque la codicia amenaza de manera constante a los resguardos. Apunta Fran Semper que, efectivamente el hecho que los resguardos pudieran sobrevivir hasta el presente se debe a la resistencia indígena contra la política estatal. Aporta la memoria de un hecho histórico en defensa del resguardo y como punto de partida del movimiento de resistencia indígena nacional: el levantamiento efectuado por el indígena Manuel Quintín Lame (1916-17), que propició la elaboración de un programa de siete puntos, que entre otras cosas, reclamaba la reintroducción y ampliación de las superficies del resguardo.²¹⁰ Es así como el resguardo pasa de

²⁰⁹ Chaves Mendoza, Álvaro, Jorge Morales Gómez y Horacio Calle Restrepo. *Los indios de Colombia*. Editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, 1995. p. 109

²¹⁰ Semper, Frank. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En Anuario de derecho constitucional latinoamericano, tomo II, Jan Woischnik (Comp.), Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2006. p. 768



ser una institución colonial, a objeto de reivindicación de los pueblos indígenas en resistencia, hasta una institución del derecho constitucional en la actualidad en Colombia.

El artículo 330 dispone que, de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados, según los usos y costumbres de las comunidades. Los consejos ejercen varias funciones constitucionales, entre las que se encuentra la de velar por la aplicación de las normas legales sobre el uso del suelo y poblamiento de sus territorios. Además, deben diseñar los programas de desarrollo económico y social en sus territorios. Perciben y distribuyen sus recursos.

Los líderes indígenas colombianos, de acuerdo con Pretelt Chaljub, reclaman se definan las condiciones para la conformación de las entidades territoriales indígenas, con algunas características específicas, como la autonomía del territorio y de los espacios o hábitat ancestrales. Para el efecto, proponen que el hábitat se defina como los espacios donde los pueblos indígenas desarrollan tradicionalmente sus actividades sociales, políticas, económicas y culturales, al margen de la extensión del territorio y de la población. Por otra parte, exigen que se delimiten las competencias ambientales de las autoridades indígenas. Además, piden que la autonomía debe comprender la capacidad para reglar aspectos relacionados con el uso del suelo.²¹¹ Lo cierto es, que los indígenas colombianos tienen mucho que decir, en cuanto al alcance constitucional de la autonomía de las entidades territoriales. Por ser un asunto de su interés que les afecta directamente, es válido que participen en la definición y alcance de la autonomía. Las posiciones son muy diversas, Salvador Martí i Puig, menciona que en el movimiento indígena existen desde posiciones comunales, hasta regionalistas, puesto que algunos proponen que la comunidad local sea el espacio autónomo,

²¹¹ Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. *Autonomía Territorial*. En Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional. Gabriel Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís y Liliana Estupiñan Achury (Comps.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2013. p. 247



por ser el espacio vital; mientras que otros plantean un nivel supracomunitario de autonomía regional, como requerimiento esencial para la coexistencia de comunidades locales pluriétnicas, lo que vendría a atenuar el vínculo entre los reclamos de territorio y los rasgos étnicos específicos.²¹² Esta regulación tendría que validarse también para los resguardos.

En un párrafo que forma parte del artículo 330 constitucional, se dispone que la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Por otra parte, se establece que en la toma de decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas, el gobierno propiciará la participación de sus representantes.

Se puede apreciar como una Constitución que eleva a categoría de entidad territorial los territorios indígenas y les concede autonomía para administrarlos, se reserva la disposición de los recursos naturales de los relacionados territorios. Disposiciones como esta, en la realidad terminan sirviendo de base legal y justificación para la explotación por particulares o empresas mercantiles de las tierras indígenas, en desmedro suyo.

La lucha indígena por la tierra y por la defensa de la tierra continúa. Expresan Anders Rudquist y Roland Anrup, que actualmente más de 400 mil indígenas colombianos, que representa el 27 por ciento de esta población indígena, carecen de tierras. Además, apuntan que hay más de 70 mil desplazados indígenas.²¹³ La confrontación armada, amenazas y masacres, minas antipersonales y el reclutamiento forzado son algunas de las causas del desplazamiento forzado en Colombia. Termina el autor indicando, que otra de las

²¹² Martí I Puig, Salvador. *Sobre la emergencia y el impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global*. En *Etnicidad, autonomía y gobernabilidad en América Latina*. Salvador Martí I Puig y Josep Ma. Sanahja (Comp.), Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004. p. 390

²¹³ Rudquist, Anders y Roland Anrup. *Resistencia comunitaria en Colombia. Los cabildos caucanos y su guardia indígena*. En *Revista Pap. Polít.* No. 2, Vol. 18, Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, 515-548, julio-diciembre, 2013. p. 525



principales causas del desplazamiento son la ocupación de sus lugares sagrados, porque la a ocupación forzada y el despojo de tierras son factores primordiales del conflicto colombiano y las comunidades indígenas son particularmente vulnerables, porque viven en extensos territorios que frecuentemente son ricos en recursos naturales codiciados por grupos no indígenas.²¹⁴ La organización indígena para la defensa de la tierra y de sus derechos en general es importante. La certeza jurídica que la Constitución hace de sus territorios y resguardos es la base principal de la lucha de las comunidades indígenas. Una certeza que el Estado colombiano está obligado a proporcionar.

En términos generales, se puede concluir que las disposiciones constitucionales en Colombia en relación con los pueblos indígenas, son de las más importantes del continente, pese a los inconvenientes que se dan en la práctica, como la falta de promulgación de regulación de las disposiciones del artículo 329 de la Constitución, que seguramente en forma intencional fueron omitidas en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial de 2011 y el hecho que las tierras indígenas continúan siendo objeto de despojo por la codicia que despiertan los recursos que los territorios indígenas poseen. Pero la protección constitucional de los resguardos indígenas y la autonomía que concede a las entidades territoriales, constituyen una importante base jurídica para la lucha de los pueblos indígenas de Colombia en la defensa y reivindicación de sus derechos.

2.7.3 Nicaragua

La Constitución de Nicaragua aprobada en 1986, producto de la Revolución Sandinista, estipula en el artículo 5, los principios de la Nación y establece, *inter alia*, los principios de pluralismo étnico y el reconocimiento a las distintas formas de propiedad. A continuación, en el tercer párrafo del referido artículo, reconoce la existencia de los pueblos indígenas, quienes gozan como derechos especiales: el

²¹⁴ Loc. cit.



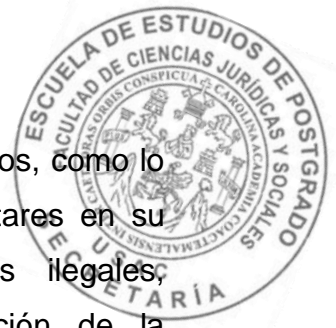
mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales, mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de estas. Además, expresamente se establece el régimen de autonomía para las comunidades de la Costa Atlántica del país.

Específicamente en cuanto a las formas de propiedad, la Constitución en el referido artículo dispone la garantía de todas las formas de propiedad, entre las que está la comunitaria, con el mandato de estimularlas, sin discriminación alguna para producir riqueza, pero con el deber de cumplir, dentro de su libre funcionamiento, una función social.

El Estado de Nicaragua siguió históricamente la misma tendencia del resto de naciones latinoamericanas, que consideraron que la mejor forma de alcanzar el desarrollo y bienestar de la población indígena, era propiciando su asimilación a la cultura dominante en el país.

Las mayores violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas de Nicaragua se dieron en la Costa Atlántica. Entre las comunidades afectadas están los Miskitos. A esta comunidad indígena se le consideró la base social de la Revolución sandinista. Pero con el triunfo de la revolución, su situación, podría asegurarse, empeoró en lugar de mejorar. Esta realidad la expone claramente Mackay Fergus, quien refiere que una vez asentado el gobierno sandinista, el gobierno empezó a implementar un programa de integración territorial e integración cultural y asimilación, incurriendo en las tendencias históricas asimilacionistas, pero los miskitos comenzaron a resistir esas medidas y a sostener sus derechos a la autonomía cultural, política y territorial.²¹⁵ De esta manera, la comunidad miskita pasó de ser vista por el gobierno antes de la revolución como revolucionaria, a ser catalogada como contrarrevolucionaria y separatista, por defender sus derechos humanos específicos de autonomía y

²¹⁵ Mackay, Fergus. Op. cit. p. 59



defensa de sus tierras. La respuesta del gobierno fue brutal, los miskitos, como lo expone Mackay Fergus, fueron objeto de intensas operaciones militares en su territorio, sufrieron asesinatos, torturas, violaciones, detenciones ilegales, desapariciones, hostigamiento contra líderes políticos y destrucción de la propiedad.²¹⁶ Como resultado de las políticas estatales miles de indígenas miskitos huyeron a Honduras y otros tantos fueron trasladados por el Estado a campos de refugiados en el interior del país.

La crisis de violaciones sistemáticas contra los derechos de los pueblos indígenas miskitos provocó denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ente que presentó el informe final de la investigación realizada en 1983.²¹⁷ Entre las conclusiones del informe la CIDH hace referencia a los derechos especiales y adicionales a los que gozan el resto de la población no indígena, entre los que están:

El derecho de libre determinación (autonomía política), su identidad cultural y al uso de su propio idioma y religión, la Comisión entiende que en el estado actual del derecho internacional se ampara solamente el reclamo en cuanto a la preservación de su cultura, la práctica de su religión y el uso de su propio idioma, pero ello no se extiende al derecho a la libre determinación o autonomía política.²¹⁸

De esta manera, la CIDH con claridad meridiana diferencia la autodeterminación de los pueblos indígenas para organizar sus formas de gobierno comunitario de acuerdo con sus tradiciones y derecho indígena, lo que no debe confundirse con el derecho de autodeterminación de las naciones o Estados del derecho internacional. Es decir que la organización política libre y autónoma de los pueblos indígenas, no les autoriza a pretender separarse del Estado. La unidad y la integridad territorial del Estado no se pierden por el

²¹⁶ Ibid. p. 60

²¹⁷ Informe de la CIDH, denominado: *Informe especial de la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*, Informe especial de fecha 29 de noviembre de 1983.

²¹⁸ Ibid. Párrafo 1, literal A, de la Tercera Parte del Informe relativo a las conclusiones y recomendaciones.



reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Posteriormente, estos derechos fueron precisados y delineados de mejor manera en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como derechos específicos de los pueblos indígenas que son parte de Estados independientes. Pero las críticas y señalamientos de separación continúan aún hoy en día, lo que constituyen argumentos vanos y sin fundamento para negar el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Los avances constitucionales, como ya se ha expresado en la presente investigación, *per se* no solucionan la realidad de una sociedad. Esto se evidencia en el caso de Nicaragua. Acosta María Luisa, señala como es la realidad del país: la invasión de colonos de los bosques de las tierras indígenas que continúan extendiendo la frontera agrícola; la emisión de títulos supletorios de grandes extensiones de tierras en favor de particulares; se asignan tierras agrarias a colonos en comunidades indígenas y además se crean municipios en tierras y comunidades indígenas de la Costa Atlántica de país.²¹⁹ Esta situación persiste en la actualidad en Nicaragua.

La incertidumbre continúa rodeando la propiedad indígena en la Costa Atlántica, pese a la expresa disposición constitucional que la protege. Así lo pone al descubierto Mikel Berraondo López, cuando señala que las tierras ocupadas por los indígenas en esa región del país, han sido vistas como tierras nacionales, tierras fiscales, tierras de libre disposición por parte del Estado y en tal medida se han estado haciendo entregas a campesinos que se han ido ubicando en la región. También acota que a los indígenas se les han dado títulos sobre las tierras, pero estos revisten las mismas características que las tierras entregadas a los campesinos.²²⁰

²¹⁹ Acosta, María Luisa. *El Estado y la tierra indígena en las regiones autónomas: el caso de la comunidad mayagna de Awas Tingni, Nicaragua*. En *El reto de la diversidad*. Willem Assies, Gemma Van Der y André Hoekema (Comp.) Editorial El Colegio de Michoacán, México, 1999. p. 464

²²⁰ Berraondo López, Mikel. *El caso Awas Tingni: la esperanza ambiental indígena. El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Editor Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2003. p. 205



En el caso de Nicaragua, uno de los conflictos de tierras de comunidades indígenas, fue objeto de análisis y resolución por parte de un tribunal internacional. Precisamente es el caso de una comunidad indígena de la Costa Atlántica. Para Luis Rodríguez Piñero Royo, el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, resuelto por la Corte y que será objeto de análisis en el capítulo respectivo de la presente investigación, pone el dedo en la llaga de la autonomía regional de la Costa Atlántica: una autonomía sobre el papel, que hasta la fecha se ha mostrado incapaz de jugar un papel relevante en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas promovidos tanto por el sistema internacional como por el ordenamiento jurídico nicaragüense.²²¹ La sentencia además de terminar con el mito de la autonomía indígena en la Costa Atlántica y evidenciar al Estado de Nicaragua a nivel internacional como violador de los derechos humanos de los pueblos indígenas, sienta las bases para la redefinición de la propiedad indígena en ese Estado centroamericano, que tiene el reto de implementar y dar positividad al fallo internacional.

Además, señala Piñero Royo, que la sentencia hizo notar el vacío legal existente en relación con la propiedad comunal y la situación de incertidumbre jurídica derivada de esta, por lo que se impuso al Estado la obligación de establecer un mecanismo efectivo para la demarcación de las tierras comunales.²²² La sentencia establece claramente, como lo indica Figuera Vargas, no obstante, que el artículo 21 de la Convención no hace referencia expresa a los pueblos indígenas al regular la propiedad, se entiende que esa disposición comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.²²³ La Convención protege todas las formas de propiedad creadas por el hombre como ser social. El derecho

²²¹ Piñero Royo, Luis Rodríguez. *El caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua*. En *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. José Aylwin (Comp.), Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004. p. 225

²²² Piñero Royo, Luis Rodríguez. *La sentencia de la Corte Interamericana*. Op. cit. 124

²²³ Figuera Vargas, Sorily Carolina. *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica*. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano. Op. cit. p. 118



humano de propiedad no puede proteger una forma de propiedad y proscribe otras. Los derechos humanos son inclusivos y son integrales. En el caso de las comunidades indígenas se está protegiendo una forma de propiedad milenaria y que ha permanecido en el tiempo, porque forma parte de su forma de vida y de la concepción que tienen del mundo. Por eso están vinculados firmemente en forma espiritual a la tierra.

La sentencia, sin duda, alguna, en el caso *Awas Tingni* es de primordial importancia para la conformación de la propiedad colectiva en Nicaragua, pero también para otros países como Guatemala, por ser la jurisprudencia de la Corte Interamericana obligatoria, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad conformado en nuestro país por la Corte de Constitucionalidad.

El artículo 181 constitucional aborda el tema de la autonomía de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica. Señala que la ley deberá contener, entre otras disposiciones, lo relativo a los órganos de gobierno de las comunidades. El mismo artículo dispone que las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberá constar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

Para Sandoval Forero, el reconocimiento constitucional de la autonomía regional ha sido un parteaguas en la historia de Nicaragua y de América Latina, porque esa disposición constitucional resolvió, desde el ámbito legal, el centralismo *versus* autonomía, cuyo desarrollo y consolidación depende de múltiples factores, unos que corresponden a las regiones autónomas y otros al conjunto de la sociedad en general.²²⁴ Esto es, porque el pluralismo étnico implica no solamente el reconocimiento de esa pluralidad formal en los textos constitucionales, sino la aceptación de todos los sectores de la sociedad, en el sentido que al sector indígena, le asisten los mismos derechos constitucionales

²²⁴ Sandoval Forero, Eduardo Andrés. *La ley de las costumbres en los indígenas Mazahuas*. Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001. p. 52



que a la totalidad de la población, pero que a la vez gozan de derechos específicos, por su condición especial de pueblos que mantienen una forma de vida y organización social y económica particular. Es la aceptación de las diferencias del otro dentro de un marco de tolerancia.

Por otra parte indica Sandoval Forero, que la autonomía de la región Atlántica de Nicaragua, conforma cerca del 50% del territorio nacional, la cual no se separó, fraccionó o independizó con el régimen autónomo, sino que todo lo contrario, se reintegró en condiciones de reconocimiento histórico, social, cultural y de justicia al conjunto nacional de la Nación.²²⁵ El autor devela un aspecto de Nicaragua que desmiente categóricamente los temores de desintegración territorial o balcanización, que como dijimos anteriormente, se evoca frecuentemente por ciertos sectores para deslegitimar los reclamos de los pueblos indígenas. No existe nada más efectivo para separar a los sectores sociales de un país, que la falta de reconocimiento de la igualdad dentro de la diferencia. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas puede contribuir a cohesionar mucho más a un país en lugar de separarlo. El caso de Nicaragua lo ha demostrado en la práctica.

Pero en Nicaragua en la actualidad existen dos estatus jurídicos de las comunidades indígenas en relación con el reconocimiento de la autonomía. La Constitución establece la autonomía únicamente para la Costa Atlántica, pero no para el resto de las comunidades indígenas del país. Esto ha creado la necesidad de las comunidades indígenas de otras regiones de organizarse para luchar por la reivindicación de sus derechos.

En 2002 se aprueba la Ley de régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa

²²⁵ Loc. cit.



Atlántica de Nicaragua.²²⁶ La ley regula el procedimiento para la demarcación de las comunidades indígenas. Se establecen una serie de factores para la demarcación de la tierra en favor de las comunidades, entre los que están, entre otros: los fundamentos de carácter histórico y legal en que se apoya el reclamo, la clara identificación de la comunidad propietaria de la tierra comunal y el dominio colectivo sobre los territorios.

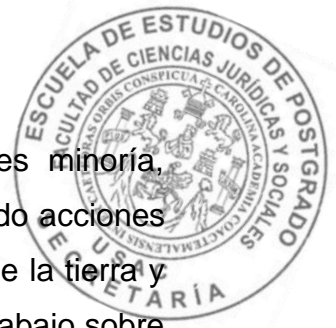
Los pueblos indígenas nicaragüenses continúan su lucha histórica por la positivización de sus derechos específicos. En la actualidad tienen un marco constitucional adecuado, que les permite una base legal sólida para consolidar su derecho a la autodeterminación política comunitaria, la defensa de sus territorios y el uso y goce de los productos de la tierra, sin intromisiones ajenas. La sentencia de la Corte en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sirve de base para determinar en qué sentido se debe interpretar el derecho constitucional de propiedad comunal y las limitaciones y las obligaciones que el Estado tiene de garantizar la propiedad colectiva de la tierra.

2.7.4 Paraguay

En Paraguay la población indígena constituye minoría. El III Censo Nacional de Pueblos Indígenas desarrollado en 2012, registró 115.944 personas, lo que representa aproximadamente 2% del total de la población. Clasificados en 19 grupos étnicos, distribuidos en 13 departamentos, más de la mitad de la población indígena reside en la Región Oriental y el resto en la Región Occidental, también conocida como el Chaco. Habitan en 493 comunidades y 218 aldeas o barrios, que suman en total 711 entidades. El 86.2% de las comunidades indígenas tienen personería.²²⁷

²²⁶ Es la Ley 445 denominada *Ley de Régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos de Bocay, Coco, Indio y Maíz*, aprobada el 13 de diciembre de 2002.

²²⁷ Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas: Victoria Tauli-Corpuz. Informe. *Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay*. Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 30º, periodo de sesiones, 13 de agosto de 2015.

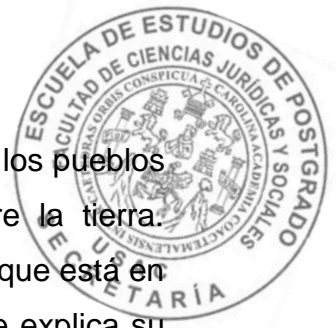


Es paradójico que, a pesar de que la población indígena es minoría, distribuida en un amplio territorio poco poblado, el Estado no ha tomado acciones concretas para garantizar a las comunidades indígenas la propiedad de la tierra y la pacífica posesión y explotación de esta. El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, denuncia la situación de pobreza extrema de los pueblos indígenas, la que se ve reflejada en falta de tierra propia. Los resultados censales reflejan que existen 412 comunidades indígenas de las cuales 185 no disponen de títulos de propiedad definitivos, 45 de ellas en la Región Occidental y 140 en la Región Oriental.²²⁸

Los pueblos indígenas de Paraguay, han sufrido tradicionalmente vejámenes, despojos de tierras y el olvido del Estado. Desde tiempos de la Colonia, relata Sarah Cerna Villagra, las Leyes de Indias exigieron la formación de los “tava o pueblos de indios”, tomando como base la “incivilidad” de los indígenas. Esta situación permaneció hasta los tiempos independientes, agrega la autora, con la Constitución de 1848 se establece que los pueblos de indios perdían ese estatus y se proclama al pueblo Guaraní como ciudadanos paraguayos y los liberaba de ese sistema comunal “denigrante”, a la vez que les expropiaba sus tierras y bienes.²²⁹ En la historia constitucional existen esas extrañas contradicciones. El reconocimiento de la igualdad y la concesión de la ciudadanía en favor de personas y comunidades históricamente relegadas, en lugar de traerles beneficios, sirve de pretexto para despojarlos de sus tierras ancestrales. Esta situación deja desprotegidos a los indígenas, a merced del Estado y de grupos de poder económico que visualizan la tierra simplemente como un recurso o fuente de riqueza de la cual hay que apropiarse, sin importar si como resultado de la explotación se le destruye o degrada.

²²⁸ Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. *El mundo indígena 2008*. IWGIA, Kathrin Wessendorf (Comp.), Copenhague, Dinamarca, 2008. p. 199

²²⁹ Cerna Villagra, Sarah Patricia. *Yvy Maraey: El conflicto del Estado con los pueblos indígenas en Paraguay*. En *América Latina Hoy*, Revista de Ciencias Sociales, Vol. 60, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2012. p. 84



El indígena de Paraguay, como es el denominador común entre los pueblos indígenas de todo el planeta, tiene su particular cosmovisión sobre la tierra. Expresa Sarah Cerna Villagra, que para los indígenas el territorio es lo que está en la tierra, sobre la tierra y debajo de la tierra, concepción ancestral que explica su firme arraigo a ella y su lucha incansable para preservarla, para la reproducción social y cultural como pueblos autóctonos.²³⁰ Además, agrega la autora, que para una mejor comprensión de la cosmovisión indígena paraguaya es necesario relacionar tres conceptos fundamentales: historia, territorio e identidad. Añade la autora que el funcionamiento de su cultura y sociedad se basa en la relación dinámica entre esos tres conceptos, es por ello que ante la destrucción de uno, se produce un desequilibrio que afecta su desarrollo o desenvolvimiento como pueblos.²³¹ Es común pensar, desde la visión occidental, que los indígenas se oponen al desarrollo y superación económica de sus propias comunidades, cuando se niegan a permitir proyectos de explotación económica, que les traerá algunos beneficios materiales a ellos o a la sociedad en general. Pero, no se comprende que, para la visión indígena, la conservación de la tierra y el equilibrio del entorno natural, está ligado a su propia identidad. Pero el desarrollo económico no es incompatible con la conservación del entorno. Es algo que la sociedad en general debe comprender, para no degradar la naturaleza, hasta el extremo de poner en peligro la existencia de la especie humana en el planeta. Por esa razón termina apuntando Sarah Cerna Villagra, que una reflexión indígena señala que el territorio es el espacio al cual todo ser humano tiene por su propia condición humana el derecho de conocer, transitar, poseer y compartirlo para vivir, interactuar con otros y de transformarlo en un mundo de todos y para todos.²³²

Es hasta finalizar la dictadura de Stroessner en 1989, que surge la oportunidad de incorporar a la nueva constitución de 1992 el reconocimiento de muchos de los derechos de los pueblos indígenas, entre los que está el derecho a la tierra. Efectivamente, la Constitución Política de Paraguay, dedica el Capítulo

²³⁰ Ibid. p. 85

²³¹ Loc. cit.

²³² Loc. cit.



VI, del Título II, a los pueblos indígenas. El artículo 62 reconoce de manera expresa la existencia de los pueblos indígenas. Se les define constitucionalmente como los grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. Además, se les garantiza los derechos de identidad, propiedad comunitaria, participación, educación y salud, entre otros.

El rezago constitucional se supera en la constitución de 1992, la que reconoce derechos fundamentales específicos en favor de los pueblos indígenas. Pero la falta de coincidencia entre los derechos establecidos en el texto constitucional y la realidad de un país en el caso de las poblaciones indígenas se repite para el Paraguay hasta el presente. Esto es parte de lo que denuncia enérgicamente Cletus Gregor Barié, quien manifiesta que, por una serie de razones, como la dificultad de transitar a la democracia, el racismo arraigado que existe en el país, la debilidad de las organizaciones indígenas, existe una diferencia abismal entre la ley y la realidad. Esto sobre todo en los primeros años de vigencia de la Constitución. Hace la observación el autor, que la población nativa recibe un tratamiento paradójico, porque si bien el Estado ha reconocido ampliamente la mayor parte de sus derechos, estos no pueden ser objeto de un ejercicio y usufructo mínimo por parte de los pueblos indígenas.²³³

Se hizo la observación, que las disposiciones constitucionales, si bien no pueden cambiar la realidad de un país de inmediato, son una buena base de lucha para la reivindicación de los derechos de los ciudadanos y para el caso de los pueblos indígenas no es la excepción. El mismo autor Cletus Gregor Barié, concluye que Paraguay es un país que ha mostrado una gran firmeza a escala constitucional para tomar en consideración a su población amerindia. Lo que se ha logrado, señala, gracias al compromiso del Estado alcanzado por las presiones de las organizaciones indígenas como la Asociación de Parcialidades Indígenas en la Asamblea Constituyente. Agrega, que los ambiciosos postulados multiculturales

²³³ Barié, Cletus Gregor. Op. cit. p. 465



han empezado a impactar en las políticas públicas y han incrementado la visibilidad y sensibilidad por el tema indígena.²³⁴

El artículo 63 reconoce y garantiza el derecho a la identidad étnica de los pueblos indígenas, que pueden preservar y desarrollar en su respectivo hábitat. Sin decirlo expresamente, la Constitución les otorga autonomía, porque tienen derecho a aplicar sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa. Pueden sujetarse voluntariamente a sus normas consuetudinarias para regular la convivencia interior, con la única limitación de no atentar contra los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Se puede apreciar como acertadamente la Constitución centra la práctica y el desarrollo de todos los derechos de autonomía indígena en el hábitat, porque, sin la tierra o territorio, no pueden los pueblos indígenas, desarrollar sus formas de vida y sus prácticas culturales.

La Constitución reconoce la existencia de la propiedad comunitaria como un derecho. El artículo 64 establece que las tierras comunitarias de los pueblos indígenas, deben ser suficientes en extensión y calidad para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado se obliga a proporcionarles en forma gratuita tierras, las que son por definición constitucional inembargables, indivisibles, intransferible e imprescriptibles. Las tierras no son susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas. Se les exonera del pago de tributos. Por otra parte, la Constitución prohíbe la remoción o traslado de los pueblos indígenas de su hábitat, sin el consentimiento expreso de estos.

La falta de correspondencia entre la Constitución y la realidad se refleja sobre todo en el tema de las tierras indígenas. Amnistía Internacional, hace referencia a las razones fundamentales que aduce la Coordinadora para la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas, para la efectiva concreción de los derechos constitucionales en la realidad de Paraguay: una es la lentitud de los

²³⁴ Loc. cit.



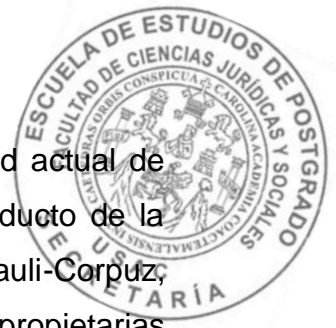
procedimientos del Estado para procesar los reclamos de tierras de las comunidades; la segunda, la supuesta falta de fondos para comprar las tierras ancestrales en poder de terceros; y por último, los daños irreparables que han dado lugar al desplazamiento de grupos indígenas de sus tierras ancestrales.²³⁵

Indudablemente hay mucho de falta de voluntad política en las causas esenciales que denuncia la organización indígena citada por Amnistía Internacional. Si bien un Estado, particularmente los latinoamericanos, nunca tendrán fondos suficientes para satisfacer todas las necesidades sociales, si hay voluntad política, siempre se puede incluir en un presupuesto recursos para reivindicar en parte el derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas. Para ello, es preciso dejar atrás la inveterada discriminación indígena.

Por otra parte, la Constitución paraguaya garantiza la defensa de los pueblos indígenas contra la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural. Es interesante que la Constitución establece como deberes del Ministerio Público, la de promover la acción penal pública para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Lo satisfactorio para los pueblos indígenas de Paraguay es que desde la Constitución se puede luchar por sus derechos. Se puede afirmar que el constitucionalismo en latinoamericana se ha sensibilizado ante la realidad que viven los pueblos indígenas. Una sensibilización que se ve reflejada en los textos constitucionales. Pero esos derechos constituyen el estandarte de lucha de las comunidades indígenas, para pasar del deber ser a la realidad concreta.

La Relatoría Especial para los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, evidencia la existencia en Paraguay de una situación generalizada de falta de respeto y protección de los derechos de las comunidades indígenas, lo que constituye fuente de conflictos violentos que generan ulteriores abusos de los

²³⁵ Amnistía Internacional. *Estamos reclamando solo lo que es nuestro. Pueblos indígenas de Paraguay, comunidades Yakye y Sawhoyawaxa*, EDAI, Paraguay, 2009. p. 2



derechos humanos.²³⁶ El informe de la Relatora que refleja la realidad actual de los pueblos indígenas de Paraguay es un informe del año 2015, producto de la visita de la Relatora a la República del Paraguay. Relata Victoria Tauli-Corpuz, que hay en Paraguay 375 comunidades indígenas que declaran ser propietarias de tierras, aunque el 3.9% de estas carecen de títulos de propiedad y 134 comunidades indican no tener tierras.²³⁷ La existencia de comunidades sin tierra persiste, pese que la Constitución establece la obligación del Estado de dotar de tierras a las comunidades indígenas que carezcan de ellas. Además, expone la Relatora que 145 comunidades reportaron problemas en relación con la tenencia de la tierra, como apropiación indebida por empresarios, invasión de campesinos, apropiación indebida de entidades públicas, superposición de títulos o alquiler o préstamo de tierras a terceros.²³⁸

La situación de conflictos agrarios en el Paraguay es confirmada por otros autores. Ese es el caso de Landeros Suárez, que evidencia como para plantar soja transgénica, la ampliación de la frontera agrícola agropecuaria en Paraguay supuso el despojo de miles de campesinos, quienes fueron expulsados de sus tierras, los que se vieron obligados para sobrevivir a ocupar precariamente porciones de bosque que fueron desmontando y adaptando a sus prácticas tradicionales o mecanizadas. De esta manera, se indica cómo se perfila un nuevo paisaje en el oriente de Paraguay, marcado por la presencia de campos abiertos y una baja densidad de la población rural.²³⁹ Los cultivos transgénicos como todos sabemos, provocan daños en muchos casos irreparables a los campos de cultivo, por la utilización de pesticidas que exterminan otras plantas y organismos vivos, empobreciendo y degradando la tierra. La voracidad de la industria agropecuaria mecanizada no tiene límites.

²³⁶ Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Victoria Tauli-Corpuz. Informe. Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay. Op. cit. Párrafo 17 del informe.

²³⁷ Ibid. Párrafo 18 del informe.

²³⁸ Loc. cit.

²³⁹ Landeros Suárez, Arturo. Dinámica e impactos de la expansión agroindustrial de la Argentina y el Paraguay contemporáneos: contrastes y similitudes entre el noroeste y el oriente paraguayo. En frontera argentino-paraguaya ante el espejo. Porosidad y paisaje del Gran CHACO Y DEL Oriente de la República del Paraguay, Edicions Universitat Barcelona, España, 2012. p. 157



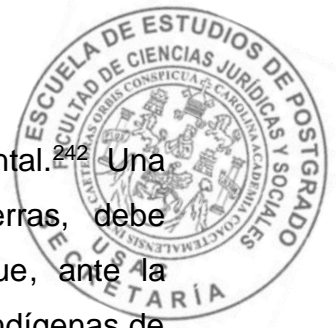
Por otra parte, indica Landeros Suárez, que, ante la falta de disponibilidad de tierras fiscales, la frontera de la soja se va expandiendo sobre tierras campesinas o indígenas, campos ganaderos reconvertidos y lo que resta del monte. Agrega, que en 1995-1996 se cultivaron 800.000 hectáreas y en el ciclo 2007-2008 se llegó a 2.4 millones.²⁴⁰ Para que este tipo de proyectos agrícolas a gran escala puedan llevarse a cabo, es común que los empresarios cuenten con el aval y complicidad de funcionarios de gobierno. Los Estados en aras del desarrollo capitalista contribuyen al atropello de los derechos de los pueblos indígenas.

La propia relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, recibió denuncias recurrentes de invasiones de tierras por colonos, campesinos y empresas madereras, de tierras destinadas al cultivo de la soja o la ganadería, que han provocado numerosos conflictos. Reprocha la relatora, como muchos de esos casos se resuelven en favor de terceros en detrimento de los indígenas, debido al racismo y discriminación imperantes en las instancias políticas provinciales. Esta lamentable situación, deriva en la insuficiente aplicación de las normas constitucionales e internacionales por parte del sistema judicial, generando un clima de impunidad, ante la falta de acceso a la justicia.²⁴¹ Las disposiciones constitucionales son solo derechos ilusorios, cuando no existe un sistema judicial sólido que garantice la supremacía y la efectividad de la Constitución.

El Estatuto de las Comunidades Indígenas, en el artículo 18, dispone que las tierras fiscales, expropiadas o adquiridas por el Estado en compra del dominio privado, tendrán una superficie determinada por el número de pobladores asentados o por asentarse en cada comunidad, de tal manera de asegurar la viabilidad económica y cultural, así como la expansión de la comunidad. Además, la ley establece que se estimará como mínimo una superficie de veinte hectáreas

²⁴⁰ Loc. cit.

²⁴¹ Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Victoria Tauli-Corpuz. Informe. Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay. Op. cit. Párrafo 22 del informe.



por familia en la Región Oriental y de cien en la Región Occidental.²⁴² Una comunidad indígena para tener derecho a la asignación de tierras, debe conformarse como mínimo con veinte familias. Lo que implica que, ante la necesidad de la tierra, la ley promueve el desprendimiento de grupos indígenas de comunidades grandes que carecen de tierras. Además, como señala Figuera Vargas para el caso del Paraguay, que la previsión del Estatuto de las Comunidades Indígenas, ha quedado en letra muerta, producto de una escasez de recursos económicos, que ha derivado en un déficit de tierras para las comunidades indígenas, que ajustándose a lo que dispone la ley, se estima en más de 500.000 hectáreas.²⁴³

La relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, también ha criticado la previsión del Estatuto de Comunidades Indígenas, porque señala en su informe que teniendo en cuenta la situación general observada en el país, la ley resulta inadecuada para cumplir con las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos de los pueblos indígenas. Agrega, que el marco jurídico presenta limitaciones conceptuales, en la medida en que se presenta la tierra como un mero recurso productivo, sin tener en cuenta los usos tradicionales y los valores culturales y espirituales indígenas asociados a la tierra.²⁴⁴ Efectivamente, una familia con veinte hectáreas de tierra, podrá sobrevivir con los recursos que le proporcione esa porción, pero no podrá practicar sus tradiciones, usos y costumbres al estar confinado a un lugar para vivir y producir, lo que atenta contra la identidad cultural y cosmovisión sobre la tierra.

La República del Paraguay debe desarrollar el marco constitucional en favor de los pueblos indígenas de una manera efectiva. Esto solamente se puede lograr con voluntad política de todas las instancias del Estado. Las disposiciones

²⁴² Ley número 904/81 Estatuto de las Comunidades Indígenas, Congreso de la Nación Paraguaya, 10 de diciembre de 1981

²⁴³ Figuera Vargas, Sorily Carolina. *Autodeterminación indígena en Colombia. Estudio jurídico-político del caso de la comunidad Mokana de Malabo en el Caribe colombiano*. Op. cit. p. 114

²⁴⁴ Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Victoria Tauli-Corpuz. Informe. *Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay*. Op. cit. Párrafo 20 del informe.



constitucionales serán letra muerta hasta que de manera decidida empiecen a concretarse los derechos de los pueblos indígenas. Es por ello, que la Relatora especial para los derechos de los pueblos indígenas, recomienda al Estado poner en marcha todos los medios financieros, judiciales y de otro tipo que sean necesarios para resolver a la mayor brevedad posible los conflictos existentes en relación con la titulación de las tierras indígenas, siguiendo para ello los parámetros establecidos por la Corte en los casos Yakyé Axa, Sawhoyamaxa y Xakmók Kasék. Pero, por otra parte, recomienda la adopción, con la participación de los pueblos indígenas, de un nuevo marco legal sobre los derechos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, que sea congruente con el marco constitucional y con los estándares internacionales. Manifiesta la Relatora que idealmente la nueva legislación debe establecer un procedimiento de tierras accesible, rápido y efectivo.²⁴⁵ El marco constitucional en favor de los derechos de los pueblos indígenas ya existe en el Paraguay, pero las comunidades indígenas continúan esperando que esos derechos sean efectivos.

2.7.5 Panamá

En el espacio de lo que hoy es la República de Panamá, al igual que ocurrió en todo el Continente Americano, existe presencia de pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales que han ocupado parte del territorio.

El origen de los pueblos que ocuparon y ocupan los territorios panameños, muestra una característica típica del ser humano, que desde tiempos inmemoriales los grupos humanos han inmigrado a otras latitudes y se han mezclado con otras comunidades, dando lugar a una diversidad étnica sorprendente. Es así como en Panamá, a decir de la Comisión Económica para América Latina, sobresalen como primeros pobladores grupos humanos provenientes de las culturas Nahuas, Mayas provenientes de México y Centro América, Chibchas originarios de Colombia y regiones andinas. Además de los

²⁴⁵ Ibid. Párrafo 79, literales a y b del informe.



caribes de las Antillas, que se asentaron en la Costa Atlántica del Golfo del Darién.²⁴⁶ Esa rica diversidad étnica y cultural muestra el arraigo y pertenencia histórica de las comunidades indígenas a los territorios que ocupan actualmente, por los cuales cotidianamente luchan para protegerlos y conservarlos, como condición *sine qua non* para sobrevivir como indígenas y preservar su cultura.

La suerte del indígena panameño ante el conquistador, no es distinta de la sufrida por los pueblos mayas de Guatemala y de otras partes de América. Fueron considerados un botín para el conquistador aventurero y codicioso, se les despojó de su grandeza, reducidos a un ente distinto al ser esclavizados y subyugados, en un mundo que los consideraba poco menos que seres humanos. Esta verdad es reflejada por Eligio Alvarado, cuando apunta que, en la conquista y colonización, el proceso de sometimiento del indígena se caracterizó por la reducción, aniquilamiento y asimilación. Agrega, que los indígenas que sobrevivieron a esa debacle social fueron sometidos a la esclavitud, por medio de las encomiendas y los resguardos y que los indígenas que sobrevivieron, son los que se refugiaron en zonas de mayor seguridad y que no eran tan codiciadas por los españoles y también por los ingleses.²⁴⁷ Significa que los indígenas, fueron despojados de las mejores tierras y se les expropió de su fuerza de trabajo. Es evidente que en la medida que la población del país aumenta, la presión sobre el indígena también crece, porque la tierra es un bien finito, por lo que los despojos continúan ocurriendo en la actualidad, en la medida que el Estado no asume su papel de garante del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas panameños. Expresa Myrna Kunningham que de los 75.517 kilómetros cuadrados que tiene la República de Panamá, los territorios que constituyen las comarcas indígenas titulados constituyen 15.103.4 kilómetros cuadrados. Pero también existen territorios indígenas no legalizados, por lo que se calcula que un 23% del territorio

²⁴⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Pueblos indígenas de Panamá: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2000*. Naciones Unidas y BID, Santiago de Chile, 2005. p. 13

²⁴⁷ Alvarado, Eligio. *Perfil de los pueblos indígenas de Panamá*. Impresiones La Milagrosa, Unidad Regional de Asistencia Técnica (Ruta) y Ministerio de Gobierno y Justicia, Panamá, 2001. p. 5



nacional pertenece a las comunidades indígenas.²⁴⁸ El porcentaje de territorio que todavía conservan las comunidades indígenas en relación con la totalidad del territorio es significativo. Esto implica, como veremos que lo exponen algunos autores, que el despojo y desalojo de las comunidades de sus territorios continúa en la actualidad. Esto pese a las diversas disposiciones legales, que en el papel parecen ser garantistas, pero que en la práctica no son efectivas si no existe la voluntad política del Estado de garantizar sus derechos.

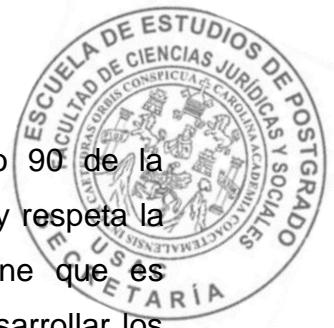
En la actualidad, la población indígena de Panamá representa una porción significativa de la población del país. Para mostrar como la situación del indígena no ha cambiado mucho, recurrimos a Atencio López Martínez, quien anota que para el año 1995 la población indígena lo conformaban un aproximado de 200,000 personas. Agrega el autor, que los indígenas que deberían ser un factor importante en la vida del país, simplemente han sido ignorados y explotados contra su voluntad y se los ubica como el sector más marginado.²⁴⁹ Sin embargo, un censo mucho más reciente arroja un aumento significativo de la población indígena. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documentó en el informe del caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, que de acuerdo al último censo nacional de Panamá, la población indígena asciende a 417,559 personas, lo que representa el 12.26% del total de la población.²⁵⁰

En el campo del derecho constitucional, se ha tenido avances en Panamá, siempre haciendo la salvedad que las disposiciones legales no siempre son fiel reflejo de lo que ocurre en la realidad cotidiana. El análisis de las disposiciones

²⁴⁸ Kunningham Kain, Myrna. *La participación política de los pueblos indígenas. Escenarios, estrategias, modalidades y resultados*. En *Los derechos indígenas tras la declaración. Desafíos de su implementación*. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (Comps.), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013. p. 266

²⁴⁹ López Martínez, Atencio. *El pueblo Cuna frente a los retos del año 2000*. En *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo, de la organización no gubernamental Mugarik Gabe*, Icaria Editorial, Barcelona, España, 1995. p. 39

²⁵⁰ Informe de fondo No. 125/12, caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros, Panamá, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ciudad de Washington, 13 de noviembre de 2012. Párrafo 45 del informe



constitucionales del país canalero, permite verificar que el artículo 90 de la Constitución de Panamá, cuya última reforma fue en 2004, reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales. Dispone que es obligación del Estado la de implementar programas que tiendan a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de las culturas indígenas. Por otra parte, señala el texto constitucional que una institución específica deberá estudiar estas culturas para la conservación y divulgación de estas, como para la promoción del desarrollo integral de estos grupos humanos. La Constitución utiliza el término de comunidades indígenas, no habla de pueblos indígenas. No menciona el derecho a la autonomía para organizarse, según sus costumbres y formas de vida en sus territorios. Se puede afirmar que es una Constitución avanzada en cuanto al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva, pero las comunidades indígenas señalan limitaciones en el tema del reconocimiento de las comarcas, que forman parte del derecho histórico constitucional de Panamá y para el otorgamiento de una plena autonomía para administrarse en sus territorios. En este sentido, las leyes ordinarias superan a la Constitución, porque reconocen las comarcas indígenas y se les ha otorgado derechos de manifestarse en cuanto al uso y disfrute de los recursos naturales de sus territorios.

La Constitución de Panamá, en efecto, dispone que se garantiza la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las comunidades indígenas para su desarrollo económico y social. Establece que una ley específica regulará todo lo relativo a la finalidad y las delimitaciones de las tierras indígenas. De manera expresa el texto constitucional prohíbe la apropiación privada de las tierras indígenas. Atencio López Martínez, denuncia cómo en Panamá los territorios indígenas no están reconocidos como una división política, que asegure en el futuro la autonomía de estos. Por esa razón, señala que las invasiones ilegales de tierras indígenas a la postre significan reubicaciones forzosas de los afectados por terratenientes y campesinos pobres, lo que ocurre con frecuencia con la complicidad de las autoridades nacionales.²⁵¹ El constitucionalismo, sobre todo de

²⁵¹López Martínez, Atencio. *El pueblo Cuna frente a los retos del año 2000*. Ob. cit. p. 40



corte liberal, que proclama el derecho sagrado de la propiedad, debe ser consecuente y pasar a proteger por igual la propiedad, como un bien del ser humano que pertenece a una persona o a un grupo de personas. Solamente de esta manera se podrá desde el constitucionalismo alejar el peligro de extinción de las culturas indígenas, con la penosa pérdida de la diversidad cultural que eso significa.

Frecuentemente, ocurre que una Constitución, en lugar de avanzar en el reconocimiento de los derechos indígenas, olvida incorporar disposiciones constitucionales efectivas para la protección de los derechos fundamentales que ya en el pasado formaron parte de la normativa constitucional, como parece ser el caso que mencionamos de las comarcas indígenas. Atencio López Martínez, hace referencia como la Constitución de Panamá de 1946 otorgaba potestad al Estado para crear Comarcas indígenas sujetas a un régimen especial, lo que olvida la Constitución vigente.²⁵² El diseño que estableció el Estado desde 1946, son las comarcas indígenas, que en la visión actual de los indígenas, deben constituir las divisiones políticas y administrativas que permitan a las comunidades ejercer la autonomía en la administración de sus tierras.

El indígena panameño, ante el silencio que guarda la Constitución de 1972, encamina su lucha de certeza jurídica a una reforma constitucional que rescate desde la Constitución a las comarcas indígenas. Expresa Gabe Mugarik, al igual que Atencio López Martínez, que el anhelo es que el texto constitucional establezca que Panamá se divide políticamente en Provincias y las comarcas indígenas. Las Provincias deben dividirse a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos. Pero enfatiza que la seguridad jurídica se debe alcanzar, (o por lo menos sentar las bases), con una disposición constitucional que indique que las comarcas indígenas estarán sujetas a leyes con regímenes especiales.²⁵³ Este anhelo no se ha materializado hasta el momento en las reformas constitucionales

²⁵² Ibid. p. 40

²⁵³ Gabe, Mugarik. *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Icaria Editorial, s. a., Barcelona, España, 1995. p. 40



de que la Constitución de Panamá ha sido objeto. Hubo reformas constitucionales en los años 1983, 1994 y la más reciente en 2004, que han ignorado las exigencias de los pueblos indígenas para contar con mayor certeza jurídica desde la Constitución.

Expresa Eligio Alvarado que dentro de cada grupo existe un sistema de tenencia aceptado por las leyes indígenas que establecen la propiedad individual de las tierras cuando son trabajadas.²⁵⁴ La idea que maneja el autor de propiedad individual adquirida mediante el trabajo de la tierra, merece una aclaración. Es común que los pueblos indígenas, cuando ejercen la propiedad colectiva de la tierra, adjudiquen porciones de esta a cada uno de los miembros de la comunidad para que trabaje esta. No se trata de propiedad individual, sino del derecho que tienen las personas de la comunidad de usufructuar la tierra para obtener los frutos necesarios para la subsistencia. El titular de la propiedad colectiva de la tierra es la comunidad. Pero la explotación de la tierra, sin negar que puedan existir excepciones, no es colectiva, sino individual y muchas veces familiar.

El sistema individual de tenencia de la tierra, dentro de la propiedad colectiva, tiene las características de la propiedad individual. Es por ello por lo que Eligio Alvarado señala que tiene ante todo un carácter familiar en cuanto a la producción y consumo. Además, indica que tiene la característica que se hereda por los descendientes. Concluye el autor, que son sistemas complejos que ameritan ser estudiados de forma más profunda.²⁵⁵ La propiedad colectiva indígena puede adquirir características propias en cada pueblo o comunidad, pero hay prácticas que se repiten y que son constantes en la propiedad colectiva indígena y una de ellas es la posesión individual o por familias de una porción de tierra.

En cuanto a la propiedad de la tierra, se evidencia como la Constitución de Panamá reconoce el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

²⁵⁴ Alvarado, Eligio. *El perfil de los pueblos indígenas de Panamá*. Op. cit. p. 22

²⁵⁵ Loc. cit.



Pero la legislación ordinaria desarrolla otras características que están más acordes con los intereses de las comunidades indígenas. Por ejemplo, la ley 41 de 1998, ley General de Ambiente de la República de Panamá, en su artículo 102, reconoce las comarcas y reservas indígenas, cuyas tierras tienen la característica de ser inembargables, imprescriptibles e inalienables. La legislación garantiza el uso, manejo y aprovechamiento tradicional sostenible los recursos naturales en sus territorios y comarcas. El Estado se compromete en virtud del artículo 97 A, a respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida relacionados con la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.²⁵⁶ Prácticas que son muy importantes, porque están relacionadas con la cosmovisión indígena y su estrecho vínculo con la tierra. En estas sobresale el respeto por el ambiente y la explotación racional de los recursos de la tierra. Esto se demuestra en el caso de Panamá, con el dato que nos aporta Myrna Kunningham, que señala que el 70% de las áreas boscosas del país, se encuentran en el territorio de los pueblos indígenas, encontrándose en estos, la mayor parte de los recursos hídricos, forestales y de biodiversidad.²⁵⁷ En un mundo con graves problemas ecológicos, haríamos bien en aprender de las prácticas amigables de las comunidades indígenas en relación con la explotación de la tierra y el medio ambiente.

Para las comunidades indígenas, el hecho que sus territorios estén reconocidos en comarcas, con todas las prerrogativas que la ley ordinaria les concede, como titulación de las tierras y el derecho de explotar sus recursos naturales, no es garantía de respeto por parte de la población no indígena y garantía de protección de sus derechos de parte del Estado. Prueba de ello es que los conflictos por invasión de sus territorios y la explotación ilegal de sus recursos, han llegado hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esto sucedió con la comunidad indígena Kuna de Madugandí y Emberá del Bayano, que ante la CIDH denunciaron en forma constante y consistente que, de un lado, colonos se apropiaban continuamente de sus territorios y de otro, que personas no

²⁵⁶ Ley 41 del 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá.

²⁵⁷ Kunningham Kain, Myrna. *La participación política de los pueblos indígenas*. Op. cit. p. 266



indígenas realizaban actividades de tala y extracción ilegal de madera y otros recursos naturales, con el resultado consiguiente de degradación medioambiental por deforestación.²⁵⁸ La CIDH reprocha enérgicamente al Estado la ocupación ilegal de colonos y la tala ilegal en tierras indígenas, señalando que se debió a la falta de medidas oportunas y efectivas para prevenir la ocurrencia de esos hechos. Por otra parte, la CIDH indica que la falta de protección efectiva de los territorios y recursos naturales frente a intervenciones exógenas, a través de la aplicación de sus propias normas constitucionales y legales, impidió al pueblo en referencia y sus miembros gozar libremente de su propiedad, de conformidad con su tradición comunitaria, así como también dificultó el uso y disfrute de los recursos naturales dentro de su territorio.²⁵⁹

En la actualidad, los Estados conocen que a nivel internacional los pueblos indígenas tienen derechos plenamente reconocidos, expresados en distintos convenios o tratados, como el de conservar su identidad y forma de vida, pero no existe plena conciencia de respetar esos derechos, porque se implementan políticas o prácticas asimilacionistas del pasado, que atentan contra la integridad cultural indígena. La CIDH reprocha a Panamá, que en relación con la obligación de eliminar del ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, se observa que la Constitución contiene disposiciones que reconocen ciertos derechos a los pueblos indígenas, como el de la propiedad colectiva, pero a la vez el artículo 126 que trata sobre política agraria, establece en su último inciso, que dicha política “será aplicable a las comunidades indígenas de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural”.²⁶⁰

Por lo que considera la CIDH “métodos científicos de cambio cultural” responde a una política de carácter asimilacionista de los pueblos indígenas que ha sido superada con el desarrollo del derecho internacional de los derechos

²⁵⁸ Informe de fondo 125/12, caso 12.354, CIDH, *Pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Embera de Bayano y sus miembros, Panamá*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington 13 de noviembre de 2012. Párrafo 236 del informe.

²⁵⁹ Ibid. Párrafo 240 del informe.

²⁶⁰ Ibid. Párrafo 297 del informe.



humanos y su permanencia en el orden jurídico interno conllevaría a la persistencia de factores discriminatorios, en lo que respecta a la protección del derecho a la propiedad del territorio ancestral y los recursos naturales de los pueblos indígenas.²⁶¹ Está claro que esta disposición atenta, como lo hace ver la Comisión, contra el derecho de los pueblos indígenas y el derecho que tienen sus miembros a pertenecer a un grupo étnico diferenciado, que cuenta con sus propias características sociales y culturales, que conservan sus propias tradiciones y costumbres y que no se deben admitir prácticas de asimilación que son políticas que se implementaron en el pasado a nivel mundial.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, como parte de las observaciones finales de los informes presentados por el Estado de Panamá en seguimiento al cumplimiento a la Convención respectiva, hace referencia al tema de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Expresa el Comité su preocupación por que la figura de la comarca, que contempla autogobierno y propiedad colectiva de la tierra, no se ha extendido su reconocimiento a otras comunidades indígenas, lo que constituye una discriminación para las comunidades excluidas. Recomienda el Comité que todas las comunidades indígenas se reconozcan bajo el estatus de una comarca o una figura similar.²⁶² El informe de observaciones del Comité también refleja otras situaciones preocupantes que afectan a las comunidades de las comarcas mismas, como es la falta de un proceso de consulta, como lo establecen las leyes, para la explotación de los recursos naturales de sus territorios. Este es el eterno problema de la falta de correspondencia entre la ley y la realidad. La ley sin la voluntad política no sirve para la protección de los derechos y para establecer la igualdad material, convirtiéndose por el contrario en mecanismo para cometer abusos y violaciones a los derechos de las comunidades indígenas. La falta de protección por parte del Estado, como lo evidencia el Comité, ha fomentado las

²⁶¹ Ibid. Párrafo 298 del informe.

²⁶² ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*. Observaciones finales CERD/C/PAN/CO/15-20. 19 de mayo de 2010. párr. 9-12



actividades mineras y ganaderas, como el desplazamiento de los indígenas de sus tierras ancestrales y agrícolas tradicionales.²⁶³ La falta de efectividad de la ley con relación de los pueblos indígenas panameños, lo evidencia la CIDH, al señalar que existe claramente discriminación en el ordenamiento jurídico interno, ante la falta de recursos adecuados y eficaces para la protección de los derechos de propiedad comunitaria o colectiva de los pueblos indígenas, lo que constituye denegación del acceso a la justicia.²⁶⁴ La discriminación por parte del Estado es evidente, porque la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, no goza de la misma protección que la propiedad en general, se hace una distinción o diferenciación intencional, relacionado con la pertenencia étnica de la población indígena.

La descripción de la situación actual de las comunidades indígenas de Panamá, evidencian avances y retrocesos a nivel constitucional. La falta de positividad de disposiciones constitucionales y legales en relación con la propiedad colectiva es una constante en este país centroamericano, como ocurre con otros países del continente. Se evidencia la necesidad que los organismos nacionales e internacionales, aunados a la propia lucha que libran las comunidades indígenas, continúen con la labor de promoción y supervisión del respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

2.7.6 Venezuela

Venezuela no es un país eminentemente indígena, como ocurre con otros países sudamericanos. Similar a Colombia, en el país de Bolívar la población indígena llega a escasos 2.8%, según el último censo, lo que en relación con la población del país representa 724.592 personas.²⁶⁵ La población indígena está distribuida a todo lo largo del territorio nacional de Venezuela, pero de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, se encuentran mayormente concentrados

²⁶³ Ibid. Párrafo 28

²⁶⁴ Informe de fondo 125/12, caso 12.354. Op. cit. Párrafo 299 del informe.

²⁶⁵ Instituto Nacional de Estadística. *La población indígena de Venezuela*. Censo 2011. República Bolivariana de Venezuela. Vol. 1, No. 1, octubre 2013. p. 4



en ocho entidades políticas del país, que son: Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas y Sucre y Zulia.²⁶⁶ Estos indígenas son descendientes de los pobladores originarios de Venezuela. La historia de este país no es muy distinta de la historia del resto de colonias españolas en América, en cuanto a los abusos y despojos de sus riquezas, principalmente la fuerza de trabajo y sus tierras que ocupaban desde la época colonial.

La Corona española creó los llamados resguardos indígenas, que eran necesarios para asegurar su subsistencia, como ocurrió en Guatemala con los denominados Pueblos de Indios. Para Luis Bastidas Valecillos, los resguardos eran extensiones de tierras que aun cuando no conferían propiedad individual, pertenecían a la comunidad, pues tales tierras fueron adjudicadas a la comunidad, y no a individuos. Estos territorios se dividían, según el autor, en tierras para la cría y tierras para la agricultura y estas últimas eran divididas a la vez en solares individuales para la construcción de pequeñas casas y lotes para las cementeras y labranza.²⁶⁷ Estas poblaciones estaban controladas por las autoridades coloniales, pero también contribuían como parte del sistema de control ideológico las órdenes religiosas. Señala Roque Roldán Ortega, que a las órdenes religiosas misioneras se les asignaron amplios poderes para la función de administración de las poblaciones y asentamientos indígenas, considerados por su estado de atraso o salvajismo, con el fin de promover su integración al sistema de valores y formas de vida de la mayoría de la sociedad.²⁶⁸ Venezuela, al igual de todos los países del continente, pasaron por la tendencia liberal que buscaba la asimilación cultural de la población indígena al resto de la sociedad, considerada por sí misma como inferior, como medio para superar su atraso, el que se atribuía a cuestiones biológicas o atávicas, y no a las verdaderas causas de explotación y discriminación, que están propiciadas por el Estado y por la sociedad en general.

²⁶⁶ Ibid. p. 5

²⁶⁷ Bastidas Valecillos, Luis. *Las tierras comunales indígenas en la legislación venezolana. Estudio de un caso*. En Revista Cenicep, No. 21 enero- diciembre, año 2002, Universidad de los Andes, Venezuela, 2002. p. 51

²⁶⁸ Roldán Ortega, Roque. Op. cit. p. 44



Por otra parte, durante la época posindependentista de Venezuela, hubo muchos intentos de terminar con los resguardos indígenas. Roque Roldán Ortega, manifiesta que estas disposiciones fueron resultado en gran medida de la negligencia o indiferencia consciente de los indígenas de fines del siglo XIX, dando lugar a la ley del 5 de mayo de 1985 sobre Reducción, Civilización y Resguardos, que desestructura los resguardos indígenas, intentando definir como estructura agraria para Venezuela la propiedad privada, como única vía para el desarrollo moderno, eliminando la propiedad colectiva.²⁶⁹ El liberalismo siempre buscaba en el pasado dos objetivos básicos para el desarrollo del sistema económico capitalista: por una parte, el despojar de las tierras comunales a las comunidades indígenas; y por la otra, la disposición de la mano de obra barata o semiesclava indígena. Pero el 8 de abril de 1904, se aprueba la Ley de Resguardos Indígenas, que disponía que los terrenos de resguardos indígenas que aún conservaba la comunidad, se debían adjudicar a los actuales poseedores, por los límites que tenían entre sí reconocidos y en las partes que se hallaban debidamente ocupando. Pero la relacionada ley disponía que pasaban a formar parte del dominio y propiedad de la Nación los terrenos de las comunidades indígenas extinguidas, suerte que corrían aquellos cuya posesión o propiedad no podían justificar con títulos auténticos o supletorios. Por esa razón señala Luis Jesús Bello, que la relacionada ley constituyó otro mecanismo más de despojo solapado de las tierras ocupadas originalmente por las comunidades indígenas.²⁷⁰ Es decir que no importaba el tiempo que la comunidad llevaba en posesión de las tierras ancestrales, si no tenía títulos auténticos o supletorios era despojada de sus tierras, aunque las ocupara desde tiempos inmemoriales.

Por otra parte Rolque Roldán Ortega hace referencia a la larga negativa del Estado venezolano, mientras otros países del continente lo hacían, de adoptar normas claras de carácter constitucional y legal que otorgaran un sistema de derechos y garantías especiales en favor de los pueblos y comunidades

²⁶⁹ Ibid. p. 56

²⁷⁰ Bello, Luis Jesús. *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Copenhague, Dinamarca, 1999. p. 40



indígenas.²⁷¹ Las disposiciones en las constituciones previas a la vigente fueron en realidad muy modestas. La Constitución de Venezuela de 1947, en el artículo 72, recoge el principio de incorporación del indígena a la vida nacional, siguiendo la tendencia latinoamericana de la época. Por otra parte, disponía que una ley especial regularía lo relativo a la materia, tomando en cuenta las características específicas y las condiciones económicas de la población indígena. Posteriormente la Constitución de 1961, en un solo artículo regulaba el tema indígena. El artículo 77, disponía que el Estado debía propender a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. Se coloca en primer plano a la población campesina, se hace mención secundaria de los indígenas, al disponer que la ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación. Se vuelve a hacer mención del principio de incorporación de las comunidades indígenas a la vida nacional, sin hacer mayores referencias a derechos específicos de los pueblos indígenas y procedimiento para alcanzar su incorporación a la vida nacional.

En la década de los años noventa, se inicia una tendencia de cambio en el constitucionalismo sudamericano, que implica importantes avances en los derechos de los pueblos indígenas. Bartolomé Clavero hace referencia a esos movimientos constitucionales. Una de las Constituciones que cita como ejemplo es la de Venezuela de 1999, que registra el principio de igualdad de las culturas, Indica el autor que ese principio es una directriz de la interculturalidad, que habrá de constituir a partir de ahora la guía del derecho y la política. Agrega, que no se trata solo de que constitucionalmente se reconozca la multiplicidad de las culturas, sino que también, se aborda como cometido constitucional la interrelación entre ellas.²⁷² Es al artículo 100 de la Constitución, al que hace referencia el autor, que estipula que las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el

²⁷¹ Roldán Ortega, Roque. Op. cit. p44

²⁷² Clavero, Bartolomé. *Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas*. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Mikel Berraondo (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006. p. 325



principio de igualdad de las culturas. Bajo este principio se desarrollan importantes derechos específicos para los pueblos indígenas del país.

La Constitución de Venezuela reconoce el derecho a la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, a la propia organización social, política y económica, la cultura, usos y costumbres, idiomas, religión y su hábitat y derechos originarios. Uno de esos derechos específicos, señala José Aylwin, quizá el de mayor desarrollo normativo, ha sido el relativo a los derechos de los indígenas a la tierra y territorios. Agrega que comprende el derecho a la regularización y a la protección de las tierras. Además de otros derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales como el usufructo, consulta o beneficio.²⁷³ Precisamente es el artículo 120 de la Constitución dispone que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado, se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de estos, lo que estará sujeto a previa información y consulta de las comunidades respectivas. No obstante, es conocida la tendencia en todas partes, del irrespeto a este tipo de disposiciones, porque bajo el pretexto que los recursos del subsuelo pertenecen al Estado, se cometen tropelías y abusos precisamente a la integridad cultural indígena, lesionando la relación especial que tienen con sus territorios como parte de su cosmovisión.

El 12 de diciembre de 2000, se aprueba la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierra de los Pueblos Indígenas. Esta ley dispone que las comunidades que ya posean títulos de propiedad colectiva sobre las tierras que ocupan o proyectos de auto demarcación, podrán pedir la revisión y consideración de sus títulos y proyectos. Pero más importante aún, señala que, para los pueblos y comunidades indígenas que han sido desplazados de sus tierras y que se vieron obligados a ocupar otras, tendrán derechos a ser considerados en los nuevos

²⁷³ Aylwin, José. *Los ombudsman y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Mikel Berraondo (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006. p. 340



procesos de demarcación. La protección constitucional se extiende a las comunidades indígenas que hayan sido despojados de sus tierras. El artículo 10 indica que, en caso de hábitat y tierras ocupadas por personas naturales o jurídicas no indígenas, el Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas conforme a los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, previo agotamiento de la vía conciliatoria. Para el año 2005 la autora María Teresa Quispe, indicaba que no se ha entregado ningún título de propiedad colectiva de hábitat y tierras de los pueblos indígenas en Venezuela. Recordaba además, que sigue en mora la aprobación de un reglamento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras de uso y ocupación ancestral, por lo que no se cuenta con un procedimiento claro de demarcación y entrega de títulos de propiedad colectiva.²⁷⁴

El proceso de despojo de tierras indígenas continúa en el presente venezolano. El autor Esteban Emilio Mosonyi, evidencia de cómo en Venezuela los indígenas están sufriendo un genocidio y un etnocidio indirectos, propiciado entre otros factores, por la apropiación paulatina de las tierras ocupadas por parte de los colonos criollos y extranjeros. Indica que, este es un proceso general en todo el país y que nadie parece seriamente interesado en ponerle coto. Es solo en los últimos años que algunos indígenas han resuelto exigir títulos de propiedad y delimitación de sus respectivas posesiones ante los organismos competentes.²⁷⁵, pero que se debe entender por genocidio y etnocidio indirectos. Al respecto señala Mosonyi que este no conlleva la eliminación física violenta del indígena, sino que conspira contra la supervivencia y estabilidad demográfica de los grupos indígenas a través de diversos mecanismos, como el ya indicado de despojo de sus tierras, además, el marginamiento y discriminación por otros sectores de la sociedad, por la super explotación de su mano de obra, el maltrato constante de las autoridades e instituciones, el reclutamiento militar compulsivo, la creciente y cada vez más

²⁷⁴ Quispe, María Teresa. *Venezuela: Gobiernos locales y pueblos indígenas*. Organización Regional de Pueblos Indígenas del Amazonas, Puerto Ayacucho, Venezuela, 2005. p. 13

²⁷⁵ Mosonyi, Esteban Emilio. *El indígena venezolano es pos de su liberación definitiva*. Fundación Editorial El Perro y la Rana, Caracas, Venezuela, 2008. p. 31



alarmante desorganización social de varios grupos indígenas, la abducción infantil practicada particularmente por misiones católicas y familias criollas, la falta de atención médica, que a pesar de ciertas mejoras ocurridas en los últimos años, todavía provoca una alta tasa de mortalidad y morbilidad.²⁷⁶, pero, sin duda, alguna, uno de los factores más importantes de los problemas que señala Mosonyi es la falta de tierras, ya sea porque han sido despojados de las que ocupaban tradicionalmente o porque el Estado no les ha dotado de tierras a los indígenas desposeídos. La tierra es la esencia de la existencia del indígena, por medio de ella aseguran su existencia y su identidad.

El capítulo VIII de la Constitución de Venezuela de 1999, está dedicado a los derechos de los pueblos indígenas, que desarrolla muy ampliamente. El artículo 119 hace relación de la existencia de los pueblos indígenas. Además, desarrolla el derecho de los pueblos indígenas a establecer su propia organización social, política y económica, usos y costumbres, idioma y su hábitat. Por otra parte, reconoce los derechos originarios sobre las tierras ancestrales y tradicionales, que son necesarias para desarrollar y garantizar su forma de vida. El texto constitucional establece el deber del Estado, por medio del Poder Ejecutivo, de demarcar y garantizar el derecho de propiedad colectiva de las tierras indígenas, que tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles. Hortensia Caballero Arias, señala la importancia de este artículo, cuando indica que contiene tres aspectos importantes de resaltar: el consentimiento oficial de que existe una correlación entre tierras y continuidad de las formas de vida indígena. La corresponsabilidad necesaria entre el Ejecutivo Nacional y los pueblos indígenas para la demarcación de las tierras con la participación indígena directa y en tercer lugar, la consideración de que las tierras indígenas son propiedad colectiva de los pueblos, condición que no es modificable al calificarlas como inalienables, imprescriptibles, inembargables e

²⁷⁶ Ibid. págs. 31 a la 33.

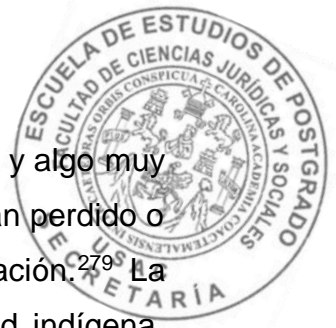


intransferibles.²⁷⁷ La inclusión de amplios derechos específicos para los indígenas en la Constitución, se ha complementado con la ratificación de Venezuela del Convenio 169, el 22 de mayo de 2002, que reconoce desde la cosmovisión indígena la especial relación que tienen con sus tierras. Establece la obligación del Estado de reconocer el carácter colectivo de la propiedad de la tierra, como forma de propiedad especial y específica de la cultura indígena. Además, reconoce la posesión tradicional de la tierra como factor determinante para el reconocimiento de la propiedad.

El constitucionalismo de Venezuela ha tenido a nivel formal un gran avance en cuanto al tema de los derechos indígenas. Para María Teresa Quispe, la perspectiva de las organizaciones indígenas, en los niveles nacional y regional, es que el gobierno, específicamente el de Hugo Chávez, mantuvo una actitud política positiva en la puesta en práctica de los derechos indígenas consagrados en la Constitución. Señala como ejemplo, la obligada consulta que los distintos entes del gobierno deben hacer cuando se toman decisiones sobre políticas, programas, proyectos y actividades relacionados con los pueblos indígenas.²⁷⁸ Al parecer se está ante un claro ejemplo de voluntad política, para hacer efectivo los derechos que la Constitución establece en favor de los pueblos indígenas. La voluntad política y el nivel de organización social y política de los grupos sociales interesados, son un factor importante para la efectiva observancia de los derechos recogidos en un texto constitucional. La participación en la vida nacional es un factor de la democracia. Los indígenas deben tener una participación en la búsqueda de la efectividad de los derechos constitucionales. Esa participación ha ido tomando forma desde la primera década del presente siglo, como bien lo expresa Hortensia Caballero Arias, para quien estos se han caracterizado, entre otros, por el resurgimiento de los movimientos sociales indígenas que claman sus derechos y reivindicaciones como pueblos originarios, la participación directa de

²⁷⁷ Caballero Arias, Hortensia. *La demarcación de tierras indígenas en Venezuela*. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales (en línea) 2007, 13 (septiembre-diciembre); (fecha de consulta: 26 de agosto de 2018). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17721562013>> . p. 198

²⁷⁸ Quispe, María Teresa. Op. cit. p. 14



representantes indígenas en espacios políticos regionales y nacionales y algo muy importante, los procesos de reindianización de comunidades que habían perdido o simplemente disimulado sus identidades étnicas ante la neocolonización.²⁷⁹ La exclusión y la discriminación ha lleva a muchos a negar su identidad indígena. Debe fortalecerse la revalorización de la cultura indígena, como fundamento principal de su lucha reivindicativa de sus derechos específicos.

En cuanto al tema específico de las tierras indígenas, expresa Roque Roldán Ortega, que el acceso a la propiedad de la tierra por los indígenas venezolanos, hasta el año de 1999, estuvo limitado a las normas y procedimientos que trazaban las leyes agrarias. Señala, que se utilizaban criterios estrechos, lo que implicó un limitado avance en los reconocimientos de los territorios indígenas.²⁸⁰ Existe mucha expectativa por parte de los pueblos indígenas, que con la regulación constitucional de 1999, se podrán obtener avances debido al reconocimiento y protección de las tierras y territorios indígenas. Pero también es justo mencionar, que existen voces discordantes, como la del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, quienes señalan que, a pesar del amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución y los notables avances en materia legislativa en Venezuela, la situación de los pueblos indígenas sigue siendo verdaderamente crítica, sobre todo en relación con el derecho a la tierra. Agrega el Grupo, que hay graves problemas de invasión de tierras indígenas y que la ocupación de estas para proyectos estatales de desarrollo ha continuado, sin que se hayan tomado medidas efectivas para solucionarlo.²⁸¹

La Constitución además se ocupa de la protección de los recursos naturales de los hábitats indígenas. Dispone que, la explotación de estos recursos se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas,

²⁷⁹ Caballero Arias, Hortensia. Op. cit. p. 190

²⁸⁰ Roldán Ortega, Roque. Op. cit. p. 152

²⁸¹ Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. *El mundo indígena* 2000-2001. Traducción Mario Di Lucci, Anette Molbech (Comp.), IWGIA, Copenhague, Dinamarca, 2001. p. 109



explotación que debe estar sujeta a previa información y consulta de las comunidades. Los pueblos indígenas se podrán beneficiar de esa explotación en la forma que lo dispongan la Constitución y la ley.

El derecho de propiedad indígena de la tierra, para la configuración de títulos de propiedad indígena, según las reglas del derecho occidental moderno, adquiere gran importancia la precisión de términos como tierras y hábitat indígenas, entre otros. Fundamentales para determinar los alcances y contenido de la propiedad colectiva de la tierra. En el proceso de desarrollo constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, el 27 de diciembre de 2005, aprueba el Congreso de Venezuela la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. Esta ley define el término “tierras indígenas” como aquellas en las cuales los pueblos y comunidades indígenas de manera individual o colectiva ejercen sus derechos originarios. En ellas desarrollan tradicional y ancestralmente su vida física, cultural, espiritual, social, económica y política.²⁸² Nótese como todas las actividades culturales y espirituales indígenas giran alrededor de ese elemento que es la tierra. La ley indica que la tierra indígena, comprende los espacios terrestres, las áreas de cultivo, caza, pesca, recolección, pastoreo, asentamientos, caminos tradicionales, los lugares sagrados y los históricos. En síntesis, comprende todas las áreas que hayan ocupado ancestral y tradicionalmente los pueblos originarios, necesarios para garantizar el desarrollo de sus formas de vida específica.

Es interesante la definición que la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas hace del término hábitat indígena. Este viene a ser el conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y socioculturales, que constituyen el entorno en el cual los pueblos y comunidades indígenas se desenvuelven y permiten el desarrollo de sus formas tradicionales de vida.²⁸³ El hábitat indígena comprende una visión integral del espacio vital de vida indígena. No solo

²⁸² Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, del 8 de diciembre de 2005, artículo 3, numeral 4.

²⁸³ Ibid. Artículo 3, numeral 5 de la ley.



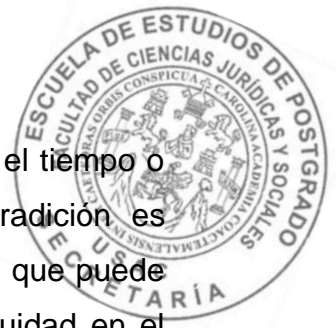
comprende lo físico. La tierra es un elemento vital, vinculado a otros elementos igualmente esenciales, interrelacionados e interdependientes, que comprenden un todo, incluyendo lo cultural. Es decir, el hombre insertado en un mundo natural, como un elemento más que debe interactuar en armonía, para conservar el equilibrio maravilloso de ese espacio vital. Por ello, en la mentalidad indígena el suelo, el agua, el aire, la fauna, entre otros, son elementos no para apropiárselos hasta llegar a su destrucción, sino parte de la armonía y equilibrio del cosmos. Por eso la Ley en referencia, señala que el hábitat comprende los recursos materiales e inmateriales para garantizar la vida de los pueblos y comunidades indígenas.

En cuanto a la propiedad colectiva indígena, la Ley la define como el derecho de cada pueblo y comunidad indígena de usar, gozar, disfrutar y administrar un bien material o inmaterial, cuya titularidad pertenece de forma absoluta e indivisible a todos y cada uno de sus miembros. La ley agrega que el fin es preservar y desarrollar la integridad física y cultural de las presentes y futuras generaciones.²⁸⁴ Es una definición genérica de propiedad colectiva indígena. Significa que no solamente la tierra tiene ese régimen especial de propiedad. Es interesante como en la definición se incluyen elementos inmateriales. Esto significa que la propiedad colectiva, sin descartar la propiedad individual para ciertos bienes, es la propiedad por excelencia de las comunidades indígenas.

Existen otros términos que define la ley y que la complementan. Entre ellos hay uno muy interesante que es la ancestralidad. Para la ley es el vínculo cultural que por derecho de los antepasados equivale a la herencia histórica que se transfiere de generación en generación en los pueblos y comunidades indígenas.²⁸⁵ Este elemento es básico para la validación de los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo en el reconocimiento de la propiedad de la tierra, por la trascendencia que adquiere la ocupación ancestral. También está el término de la tradicionalidad, que para la Ley consiste en las formas o prácticas de usos y ocupación de tierras, que corresponde a patrones culturales propios de cada

²⁸⁴ Ibid. Artículo 3, numeral 12 de la Ley.

²⁸⁵ Ibid. Artículo 3, numeral 9, de la Ley.



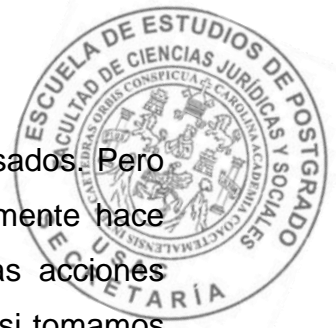
pueblo y comunidad indígena, sin que se requiera una continuidad en el tiempo o en el espacio y respeto a sus posibilidades innovadoras.²⁸⁶ La tradición es entonces, un patrón de prácticas y usos de cada cultura o comunidad, que puede variar en el tiempo. El reconocimiento de la tradición, aún sin continuidad en el tiempo y tomando en cuenta las posibilidades de innovación, a nuestro criterio se debe entender en relación con la tierra, como la equiparación de la tradición a la noción occidental de derecho adquirido.

La Ley en referencia adopta una disposición que impide el uso de argucias legales para apropiarse de las propiedades indígenas. Establece en el artículo 26, que el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas en ningún caso pueden ser calificados como baldías, ociosas o incultas a los fines de su afectación o adjudicación a terceros en el marco de la legislación agraria ni consideradas como áreas de expansión de las ciudades para su conversión en ejidos. Esto implica que ni aún por utilidad pública la propiedad colectiva indígena puede ser afectada.

Por otra parte, la ley faculta a los pueblos y comunidades para determinar de acuerdo con sus usos y costumbres la forma de utilizar la tierra. De acuerdo con el artículo 53 de la Ley, esa facultad se extiende al agua, flora, fauna y demás recursos naturales que se encuentran en el hábitat y tierras indígenas. Las formas de uso de la tierra y los procedimientos de sucesión, se establecen y resuelven de acuerdo con su derecho propio y en sus órganos jurisdiccionales. Estas disposiciones son propias de un sistema constitucional que reconoce la pluralidad jurídica.

Existe una constante en el derecho constitucional de los países latinoamericanos, en la cual Venezuela no es la excepción. El Estado se reserva la propiedad de los recursos del subsuelo. Para su exploración, explotación y aprovechamiento es obligatorio, so pena de anulación del acto de concesión, la

²⁸⁶ Ibid. Artículo 3, numeral 10, de la Ley.



información previa y consulta obligada a los pueblos indígenas interesados. Pero la Ley no aclara si el resultado de la consulta es vinculante. Únicamente hace referencia que los pueblos y comunidades podrán hacer uso de las acciones judiciales y administrativas para que se garantice este derecho. Pero si tomamos en cuenta que el artículo 55 de la Ley establece que todo proyecto público, privado o mixto en el hábitat y tierras indígenas debe contar previo a su aprobación con un estudio de impacto ambiental y sociocultural que demuestre que no se afecta la integridad sociocultural y ambiental, existe el derecho de objeción acreditando esos extremos.

En Venezuela existen importantes avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Esto en concordancia con la ratificación del Convenio 169, pero pese a las leyes que ya se han aprobado, se requiere de un mayor desarrollo a nivel de las leyes ordinarias, para establecer la forma de participación y validación de esos derechos por los pueblos y comunidades indígenas. Roque Roldán Ortega, coincide con este enfoque, cuando señala que la legislación constitucional venezolana, abren opciones importantes para la participación y decisión indígena en los proyectos que se propongan en sus tierras, pero ese ordenamiento de alta jerarquía ha tenido poco o ningún desarrollo en las normas ordinarias y decretos ejecutivos para poner en marcha los procedimientos que garanticen la intervención y decisión para el ejercicio de sus derechos.²⁸⁷ Además, no existe en Venezuela un importante desarrollo en la jurisprudencia constitucional que vaya clarificando el alcance y desarrollo de los derechos que a nivel constitucional se reconoce en favor de los pueblos y comunidades indígenas a todo nivel, pero principalmente en relación con la propiedad colectiva del hábitat y tierras.

²⁸⁷ Roldán Ortega, Roque. Op. cit. p. 247

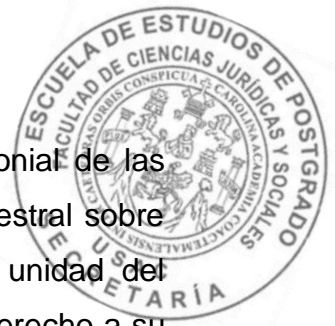


2.7.7 Bolivia

La Constitución de Bolivia es, sin duda, el texto constitucional más profundamente pluralista del continente americano. La pluralidad se refleja desde el mismo nombre: Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Es una Constitución de una vocación auténtica para la contribución de la igualdad indígena, con los demás sectores de la República. Esta constitución, sin duda, es producto de un proceso de conquistas legislativas en favor de los pueblos indígenas. Esto se refleja en el pensamiento de Valenzuela Fernández, quien mucho antes de la aprobación de la Constitución vigente, evidencia cómo Bolivia lleva la vanguardia en el tema de los derechos indígenas, por el hecho de haber dictado leyes especiales, creando ministerios públicos específicos para atender sus asuntos, como haber suscrito convenios internacionales y haberse declarado constitucionalmente un Estado multicultural.²⁸⁸, pero señala la paradoja, que pese a estos progresos legislativos, que se profundizan, sin duda, en la Constitución actual, “es un país carenciado, donde la población se encuentra sumida en la pobreza y entre quienes los más afectados son los pueblos indígenas y originarios”.²⁸⁹ Está claro que la exclusión y discriminación de siglos no puede terminarse con la aprobación de una constitución. Pero constitucionalizar los derechos más importantes para la población indígena es el paso más importante para empezar a estrechar la brecha entre indígenas y la población en general. Los indígenas dejan de ser ciudadanos de segunda clase formalmente, porque de esa manera se les visualiza en la Constitución. Pero la lucha por la igualdad material continúa, principalmente desde los grupos indígenas y el Estado, este último llamado a hacer realidad los dictados constitucionales. Los indígenas deben tener las mismas oportunidades que los lleven al desarrollo, sin renunciar a su forma de vida y cultura.

²⁸⁸ Valenzuela, Fernández, Rodrigo. *Inequidad, ciudadanía y pueblos indígenas en Bolivia*. Publicación de Naciones Unidas, CEPAL, Santiago de Chile, 2004. p. 9

²⁸⁹ Loc. cit.



El artículo 2 de la Constitución, reconoce la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y el dominio ancestral sobre sus territorios. Garantiza la libre determinación en el marco de la unidad del Estado, este concepto comprende: la autonomía, el autogobierno, el derecho a su cultura y al reconocimiento de sus instituciones. Hay un claro mandato constitucional para la consolidación de las entidades territoriales conforme a lo establecido en la Constitución y la ley. Expresa Valenzuela Fernández, que la lucha por la tierra, marcado por la carencia de esta de miles de campesinos, en su mayoría indígenas, tuvo un avance importante en 1992 con la intervención de la Consejo Nacional de Reforma Agraria y el Instituto Nacional de Colonización que dio lugar a una nueva Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria.²⁹⁰ Indica el autor que esta ley está fundamentada sobre cuatro principios básicos: Uno, el acceso a la tierra a quien no la posee en cantidad suficiente. Dos, se otorga seguridad jurídica al poseedor de la tierra, como parte de un reordenamiento territorial; en tercer lugar está el principio del uso sostenible del recurso de la tierra, tratando de evitar la continua degradación de la tierra; y cuarto y último, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la tierra, no solamente para garantizar su uso económico, sino y principalmente, para crear una nación multiétnica y pluricultural.²⁹¹ Puede apreciarse que la Constitución aprobada en 2009 es resultado previamente de un importante desarrollo legislativo en favor de los derechos de los pueblos indígenas y otros sectores carenciados y tradicionalmente discriminados en Bolivia, como la población afroboliviana.

La libertad de conciencia o de religión, está diseñada sobre la libertad de practicar las creencias espirituales de acuerdo con las cosmovisiones. En este punto, contenido en el artículo 4 del texto constitucional, se marca la laicidad del Estado de manera concluyente: “El Estado es independiente de la religión”. El artículo 11, numeral romano II, establece como formas de ejercer la democracia, *inter alia*, la democracia comunitaria, consistente en la potestad de elección, designación o nominación de autoridades y representantes, por normas y

²⁹⁰ Ibid. p. 29

²⁹¹ Loc. cit.



procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, conforme a la ley. Walter Mignolo, cita a Álvaro García Linera, para quien el polémico concepto de democracia comunitaria se sitúa en la oposición de la democracia liberal, que no es solo una oposición conceptual, sino que es un concepto que permite mencionar el impacto del poder en las subjetividades.²⁹² Se deduce que la democracia comunitaria debe entenderse como la desmonopolización de las relaciones de poder desde la diversidad étnica. Solamente así se puede arribar a un verdadero estado multicultural pluralista. La cultura liberal centrada en la etnicidad dominante, debe terminar para dar paso a la igualdad étnica.

El Capítulo Cuarto de la Constitución, está dedicado a los derechos de los pueblos indígenas, bajo la denominación: “Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos”. En cuanto a la tierra, el artículo 30, numeral II, establece como derechos de los pueblos indígenas, el derecho “A la libre determinación y territorialidad”. A la titulación colectiva de tierras y territorios y a la protección de los lugares sagrados. Además, garantiza la Constitución el derecho a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. La propiedad colectiva no solamente es un derecho en cuanto a la tierra, sino además de sus saberes, ciencia y conocimientos ancestrales. Participan en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios y al derecho de ser consultados de toda medida legislativa o administrativa susceptibles de afectarles.

La Constitución hace referencia a la gestión territorial indígena autónoma. Esto comprende el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio. Establece el parámetro de delimitación de los territorios indígenas, señalando que serán las tierras comunitarias de origen.

²⁹² Mignolo, Walter. *El pensamiento des-colonial, desprendimiento y apertura: un manifiesto*. En Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento. Catherine Walsh, Álvaro García Linera y Walter Mignolo (Comps.), Ediciones del Siglo, Buenos Aires, Argentina, 2006. p. 130



En este punto el texto constitucional garantiza los derechos legítimamente adquiridos por terceros. Para Jorge Manuel Salgado, la gestión territorial indígena es un proceso socio-político que articula varias dimensiones, visiones, sistemas y procedimientos entre los que se incluye la seguridad jurídica, el ordenamiento espacial, el acceso y uso equitativo y sostenible de recursos naturales con la implementación de políticas públicas con esa orientación.²⁹³ Esta definición que aporta el antropólogo Salgado fue construida por los propios pueblos indígenas bolivianos, que indudablemente ven en la gestión territorial una facultad integral que les permite tomar decisiones autónomas sobre sus tierras y compromete al Estado a brindar seguridad jurídica en la tenencia del recurso tierra y en la implementación de políticas públicas integrales para permitir a las comunidades indígenas la estabilidad y el desarrollo.

La política de gestión territorial indígena en Bolivia es concebida como el medio idóneo para alcanzar el desarrollo de las comunidades indígenas, mediante la acción de cinco pilares fundamentales, que para el Estado, los actores internacionales y empresariales, según Salgado, son: los avances científicos, el progreso industrial, la evolución civilizatoria, el modelo de los países occidentales, principalmente de los Estados Unidos y Europa y por último, el Mercado.²⁹⁴, pero la realidad parece desmentir estas animosas proyecciones para alcanzar el desarrollo de las comunidades indígenas de América Latina. Esto es desmentido por el propio Salgado, quien recuerda que había muchas expectativas en la ciencia y el progreso industrial para traer mejores condiciones de vida para la población en general y de los pueblos indígenas en particular. Menciona el autor, como en 1970 el 40% por ciento de la población de América Latina vivía por debajo de la línea de pobreza, pero para 1996 el porcentaje se había incrementado al 43%, pese a existir mayores avances científicos y mayor progreso industrial.²⁹⁵, sin duda, alguna, el factor mercado, que forma parte de los pilares

²⁹³ Salgado M., Jorge Manuel. *La gestión territorial indígena en tierras bajas: ¿Autonomías indígenas? En Reconfigurando territorios, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia. Informe 2009*, Fundación Tierra, Juan Pablo Chumacero R. (Comp.), Editor Fundación Tierra, La Paz, 2010. p. 210

²⁹⁴ Ibid. p. 223

²⁹⁵ Loc. cit.

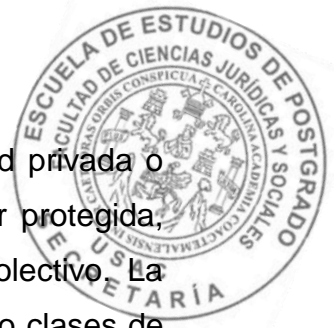


fundamentales en que se cifra la esperanza de desarrollo, es un factor perturbador, sino existen reglas claras para la gestión de un sistema capitalista que funcione adecuadamente, despojándose de los elementos mercantilistas que aún persisten en muchos países de América Latina y que Bolivia no es la excepción.

El artículo 31 protege a los pueblos indígenas en aislamiento, y no contactados. Les garantiza el derecho de mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan. Estos pueblos que apenas han tenido contacto con la civilización, obviamente no conocen el concepto de propiedad ni colectiva e individual. Se limitan a vivir libremente, son un elemento más de la naturaleza, en un mundo libre, sin el perturbador concepto occidental de propiedad. Expresan Álvaro Diez Astete y Pablo Cingolani, que en Bolivia hay un territorio de más de 19.000 km², declarado reserva absoluta, dentro del Parque Nacional y Área de Manejo Integrado Madidi, dentro de uno de los reservorios más importantes de biodiversidad en el planeta.²⁹⁶ Por natural instinto los pueblos aislados del Amazonas, evitan el contacto y relacionamiento con las comunidades civilizadas. Este aislamiento propiciado por el Estado boliviano, que en otras circunstancias se vería como una violación a los derechos humanos de solidaridad o de los pueblos, para el caso de los pueblos en aislamiento, por el contrario, se debe reconocer como un derecho humano el derecho al aislamiento que tienen estos pueblos, para mantener su forma de vida, sin la contaminación de la civilización.

El artículo 395, dispone que las tierras fiscales, que son las tierras propiedad del Estado, serán dotadas a indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales originarias, a los afrobolivianos y comunidades

²⁹⁶ Diez Astete, Álvaro y Pablo Cingolani. *Zona de Reserva absoluta Toromona: Hacia una política nacional de protección integral de los últimos pueblos indígenas aislados*. En Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra. 20-22 de noviembre de 2006. Editorial TAREA Asociación Gráfica Educativa, Alejandra Parellada (Comp.), Copenhague, 2007. p. 269



campesinas que no las posean. Por otra parte, garantiza la propiedad privada o colectiva. Pero la propiedad tiene como límite constitucional para ser protegida, que el uso que se haga de esta no sea en perjuicio del interés colectivo. La regulación constitucional evidencia una clasificación de distintos tipos o clases de propiedad agraria de la tierra.

La ley 1715, en el artículo 41.5 define las tierras comunitarias de origen como los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido originalmente acceso y donde tienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural. El mismo artículo (41.6) establece que las propiedades comunarias son aquellas tituladas colectivamente a comunidades campesinas y ex haciendas y constituyen fuentes de subsistencia de sus propietarios.²⁹⁷ La propiedad comunitaria de origen y comunaria, son por definición legal inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles.²⁹⁸ Se puede apreciar que tanto las tierras comunitarias de origen, como las comunarias, tienen la característica de ser colectivas. La diferencia que se puede percibir es que la segunda, es decir, la comunaria es propia de campesinos, los cuales pueden ser no indígenas, mientras que la comunitaria de origen es exclusiva de comunidades indígenas que las ocuparon originariamente.

El campesino en Bolivia, titular colectivo de las tierras comunarias, efectivamente pueden ser indígenas, y no indígenas. Esto se debe, según relata Cletus Gregor Barié, porque en la época del Movimiento Nacional Revolucionario (MNR), que inicia en 1952, se intentó sustituir la categoría de indígenas por la de campesino, con cierto éxito terminológico, pero sin que por ello, expresa el autor, esos campesinos, dejaran a la vez de ser indígenas.²⁹⁹ Esta confusión terminológica permite que en ejercicio del derecho de autodefinición, muchos se

²⁹⁷ Ley 1715, del 18 de octubre de 1956, Congreso Nacional de Bolivia.

²⁹⁸ Loc. cit.

²⁹⁹ Gregor Barié, Cletus. Op. cit. p. 150



identifiquen como indígenas y otros como campesinos no indígenas, en la medida que haya tenido éxito el proceso de asimilación a la cultura occidental. Pero el caso es que en cuanto a la tierra colectiva o comunaria, la poseen tanto las comunidades indígenas como las comunidades campesinas.

Pero la introducción del término campesino, ha dado lugar a la aplicación del polémico enfoque del genocidio estadístico en Bolivia. De alguna manera con los enfoques de autodefinición, que se han vuelto complejos en Bolivia, propicia la invisibilidad de los indígenas y se les induce a incorporarse a la categoría de mestizos. De esta manera lo expresa Xavier Albó, que el Estado expandió la escuela castellanizante por todo el campo y términos como indio e indígena quedaron proscritos del lenguaje oficial, que adoptó más bien la generalizadora de todos como campesinos.³⁰⁰ Debido a esta confusión terminológica, recientemente ha surgido en Bolivia la controversia del por qué la población indígena, mediante el criterio de autodefinición ha disminuido. Pero esa aparente confusión terminológica esconde en realidad la estigmatización de la condición de indígena, que, sin duda, es el elemento más poderoso de la sociedad occidental para hacer efectiva la asimilación del indígena.

En Bolivia se realizó una reforma agraria en 1953, lo que provocó toda una revolución en la tenencia de la Tierra. Gonzalo Colque señala que la reforma agraria eliminó el régimen de servidumbre que sostenía a las haciendas que eran propiedad de criollos y mestizos, lo que permitió una vez eliminada la fuerza de trabajo servil, que se formaran comunidades campesinas y sindicatos agrarios, a los cuales se les repartieron esas haciendas en propiedad individual (en patrimonio familiar) y en propiedad proindiviso.³⁰¹ La propiedad proindiviso es una forma de propiedad colectiva, porque la tierra pertenece a todos a cuyo nombre

³⁰⁰ Alvó, Xavier. *Lenguas e identidades étnicas*. En *Linguistics and Archaeology*. The historization of language and society. Eithne B. Carlin & Simon Van de Kerke (Comp.), Editorial Brill, Netherlands, 2010. p. 164

³⁰¹ Gonzalo, Colque. *La propiedad colectiva o comunitaria. Recientes enfoques y dilemas en la legislación agraria*. En *Reconfigurando territorios: Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*, Fundación Tierra, Juan Pablo Chumacero R. (Comp.), La Paz, Bolivia, 2010. p. 39



fue entregada la propiedad de las exhaciendas criollas. Muchas de esas haciendas se formaron por la expropiación realizada en contra de comunidades indígenas en el pasado. Pero la configuración de esta propiedad colectiva se hace con base en una figura del derecho occidental, fundamentada en un título respaldado por el Estado, conforme a la distribución producto de la reforma agraria. Para fines prácticos la propiedad colectiva funciona de la misma manera. Pero es distinto que se origine de una adquisición expropiatoria y concesión del Estado, a que se reconozca la propiedad colectiva de origen, por haberla poseído la comunidad desde tiempos inmemoriales.

La diferencia conceptual entre la propiedad proindiviso y la propiedad colectiva de origen, se refleja en esta cita de Gonzálo Colque. Indica que a diferencia de las exhaciendas, en las comunidades originarias sus miembros no tenían títulos de propiedad individual de sus parcelas ni títulos de propiedad proindiviso de las tierras colectivamente explotadas, sin perjuicio que posteriormente se adquiriera un título por parte del Estado.³⁰² En este caso, se entiende que se reconocía una propiedad a la que tenían derecho las comunidades por tradición. Reconocimiento que está fundamentado en la tenencia o pertenencia histórica de la tierra.

Independientemente de las diferencias conceptuales de los modelos de propiedad que establece la ley 1715, llamada Ley INRA (Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria), lo cierto es que reconoce dos grandes categorías de propiedad de la tierra: la individual y la colectiva. La propiedad individual, la clasifica la ley en cuatro categorías: el solar campesino, la pequeña propiedad, la mediana propiedad y la empresa agropecuaria. Mientras que la propiedad colectiva, está basada en dos modalidades: la tierra comunitaria de origen y la propiedad comunaria.³⁰³

³⁰² Loc. cit.

³⁰³ Esta clasificación se colige del contenido del artículo 41 de la ley 1715, de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria.



En 2006, el Congreso de Bolivia, aprueba la Ley 3545, llamada Ley de Reconducción de la Reforma Agraria, que modifica la Ley 1715. Esta ley, a decir de Gonzalo Colque, viene a reconducir las complejas formas de propiedad que regulaba la ley 1715, única y exclusivamente para las comunidades indígenas de origen.³⁰⁴ En efecto, el artículo 59.II de la referida ley, tajantemente establece que las tierras expropiadas por causa de utilidad pública, serán dotadas de oficio o a solicitud de parte interesada, exclusivamente en favor de pueblos indígenas y/o originarios. Para el citado autor, la decisión de anular la dotación de tierras fiscales a título individual y de conceder las tierras expropiadas solamente para las comunidades indígenas de origen, responde a la voluntad de Evo Morales de impedir la creación de un mercado abierto de tierras o su entrega a personas más interesadas en especular y vender la tierra que en trabajarla.³⁰⁵ De esta manera, vemos como se privilegia a la propiedad colectiva por sobre otras formas de propiedad individual. La ley, hace especial énfasis en que las comunidades indígenas deben tener colectivamente las tierras necesarias para cubrir sus necesidades de sobrevivencia y desarrollo social y económico. Es decir que, claramente se visualiza a la propiedad colectiva de la tierra como un medio para que las comunidades alcancen el desarrollo social. Pero se debe estar claros que la propiedad colectiva de la tierra es solo un elemento para que las comunidades indígenas alcancen el desarrollo.

La Constitución Política del Estado de Bolivia, vigente de 2009, hace una reconfiguración de las formas de propiedad de la tierra en Bolivia. El texto constitucional clasifica la propiedad individual en pequeña, mediana y empresarial. La Constitución no hace mención del solar campesino. En cuanto a la propiedad colectiva, la clasifica en territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesinas.³⁰⁶ Se constata como en Bolivia, las tierras son entregadas a grupos indígenas originarios, afrobolivianos y

³⁰⁴ Gonzalo Colque. Op. cit. p. 42

³⁰⁵ Ibid. p. 44

³⁰⁶ En el artículo 394. I y II, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

comunidades campesinas, en forma democrática, porque es un medio de subsistencia. En un esfuerzo por encontrar diferencias sustanciales entre los diferentes grupos que reciben las tierras colectivas, se puede indicar que los grupos comunitarios de origen, mantienen una relación especial con la tierra o territorios, lo que no estaría ocurriendo con las comunidades campesinas, por el proceso de mestizaje al que fueron sometidos, lo que implicaría un cambio de mentalidad, en su visión del mundo. En cuanto a las comunidades afrobolivianas, esa relación especial con la tierra tampoco existiría, independientemente que con el tiempo pueden obtenerla, como la tenían sus antepasados en África.





CAPÍTULO III

3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de propiedad colectiva de los pueblos indígenas

3.1 Cuestiones previas

El presente capítulo tiene como propósito conocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el derecho humano de propiedad, regulado en el artículo 21 de la Convención Americana, con referencia específica a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Guatemala, como país firmante de la Convención en 1969, ratifica el referido tratado el 24 de abril de 1978 y reconoce la competencia de la Corte Interamericana el 9 de mayo de 1987, mediante Acuerdo Gubernativo 123-87, de fecha 20 de febrero de ese mismo año.

El Estado de Guatemala es parte de los sistemas internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas y del regional americano. Estos sistemas tienen la finalidad de salvaguardar la dignidad de la persona humana, para evitar que sus más elementales derechos sean vulnerados por los Estados. Cuando un Estado ratifica o se adhiere a un tratado, se obliga a aplicar sus disposiciones en el derecho interno. El cumplimiento de los tratados debe ser de buena fe con fundamento en el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados.

La trascendencia de la jurisprudencia asentada por la Corte Interamericana, en la aplicación del artículo 21 de la Convención, que desarrolla lo relativo al derecho humano de propiedad, es precisamente que se deriva de un tribunal internacional contencioso, cuya competencia ha sido reconocida por el Estado de Guatemala. Los alcances del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad colectiva, como una forma o modalidad de propiedad histórica y propia de los pueblos indígenas, permitirá establecer la compatibilidad o incompatibilidad,



entre la disposición constitucional de Guatemala sobre el derecho de propiedad privada del artículo 39 constitucional y el referido artículo 21 de la Convención Americana, que será el punto central del Capítulo IV, de la presente investigación.

El presente capítulo constituye la labor de investigación de campo. El verdadero alcance y contenido del artículo 21 de la Convención, está expresado en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana, relacionadas con la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Por esa razón es necesario conocer, de acuerdo con la jurisprudencia, entre otros aspectos, qué es propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales para la Corte Interamericana. Además, si el artículo 21 de la Convención protege esa clase de propiedad, las prácticas y costumbres indígenas, que pueden servir de base para establecerla, importancia de la propiedad colectiva como derecho específico de los pueblos indígenas y las obligaciones de los Estados, en relación con ese régimen especial de propiedad.

3.2 Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Estado de Guatemala declara en el artículo 1, del Acuerdo Gubernativo 123-87, del 20 de febrero de 1987, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana. Aceptación de la competencia, que de acuerdo con el artículo 2 del referido acuerdo, es por plazo indefinido, de carácter general, bajo condiciones de reciprocidad y con la reserva, que los casos en que se reconoce la competencia son exclusivamente los acaecidos con posterioridad a la fecha del reconocimiento. Este reconocimiento se hace en concordancia con el artículo 62 de la Convención.

La propia Convención Americana, establece la importancia de compatibilizar las disposiciones del derecho interno. El artículo 64.2 obliga a la Corte a conocer y faculta a los Estados, para solicitar opinión acerca de la compatibilidad entre las leyes internas, con la Convención Americana o cualquiera de los tratados del sistema interamericano de protección de derechos humanos.



Es preciso tener presente que el Estado tiene la obligación de adoptar disposiciones del derecho interno, para garantizar plenamente los derechos y libertades establecidos en los convenios o pactos internacionales, de conformidad con los procedimientos constitucionales de cada Estado. En ese orden de ideas, si fuera el caso que la propiedad colectiva o comunal está protegida por el artículo 39 de la Constitución; entonces, existe la obligación del Estado de Guatemala, de desarrollar la disposición del artículo 39, en relación con la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, tomando en cuenta el espíritu y contenido del artículo 21 de la Convención Americana. Ese espíritu y contenido no puede estar mejor expresado que en las sentencias de la Corte Interamericana, como intérprete último de la Convención. Por lo que determinar la efectiva compatibilidad entre el artículo 39 constitucional, como de las demás disposiciones constitucionales relacionadas con la propiedad colectiva indígena de la tierra y el artículo 21 de la Convención es fundamental.

Los conflictos que surgen en el orden jurídico interno guatemalteco, son susceptibles de ser conocidos por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, si hubo la violación de alguna disposición de la Convención o de cualquier otro tratado del sistema regional, con la obligación del Estado de dar cumplimiento a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. Esos fallos, cuando son adversos al Estado, lo dejan en evidencia: primero, por la incapacidad de resolver los conflictos, según los procedimientos internos y segundo, como un Estado violador de los derechos humanos. Por esa razón, es importante el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales, como es el caso del alcance que tiene el derecho de propiedad privada del artículo 39 constitucional, en relación con la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, por ser un régimen especial de propiedad, propio y característico de las comunidades indígenas y tribales de Guatemala. En esa labor debe jugar un rol importante la academia y los círculos jurídicos nacionales, para aportar análisis jurídicos, que sirvan de soporte al desarrollo constitucional guatemalteco. Los miembros de las comunidades indígenas y tribales de Guatemala, no pueden seguir figurando



como ciudadanos de segunda clase, sus derechos como individuos y como colectividad, deben estar perfectamente definidos en la legislación interna, según el alcance de las disposiciones constitucionales y convencionales.

3.3 Qué es la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos

La jurisprudencia, expresa Schiele Manzor, constituye el conjunto de pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia, que son los llamados a formar jurisprudencia a través de la uniformidad del derecho, que se logra justamente en la aplicación del mismo al caso concreto.³⁰⁷ Para que ese conjunto de sentencias tengan valor para un ordenamiento jurídico, deben ser emitidas en un mismo sentido, porque la jurisprudencia está inspirada en un principio unificador en la aplicación del derecho y por el tribunal de mayor jerarquía en determinada materia. Para el caso de Guatemala, tienen valor los fallos de las cámaras que integran la Corte Suprema de Justicia en las diferentes materias. En materia constitucional, son los fallos de la Corte de Constitucionalidad, los que conforman doctrina legal, que es de cumplimiento obligatorio para el resto de los tribunales del país. De manera que la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, lo constituye las sentencias dictadas por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, como pueden ser, para el caso de Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

En Guatemala no existen leyes en las cuales se haga referencia expresa a la jurisprudencia de la Corte Interamericana o de otro tribunal internacional en materia de derechos humanos. Si se toma el término en su sentido gramatical, como conjunto de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, a nivel interno está regulada la jurisprudencia en materia civil y mercantil y la proveniente de la Corte de Constitucionalidad en materia constitucional de amparo. Se establecen las reglas que hacen de obligada observancia la jurisprudencia, que

³⁰⁷ Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del Derecho: El papel de la jurisprudencia*. En *Ars Boni et Aequi*, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, directora Luz María Reyes Santelices, Santiago de Chile, número 4, año 2008. p. 183

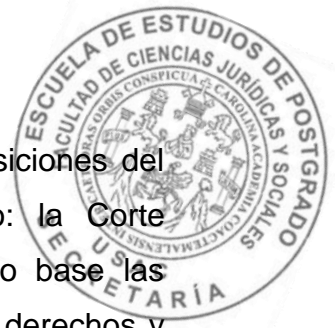


deberán aplicar los tribunales de menor jerarquía a la Cámara Civil, de la Corte Suprema de Justicia y a la Corte de Constitucionalidad, en caso de doctrina legal, en materia de justicia constitucional. Fuera de esos casos, la jurisprudencia en general, solamente juega el papel de fuente del derecho y de pautas de interpretación de las normas jurídicas, que además pueden orientar la aplicación de la ley por parte de los tribunales, pero que no tiene un decidido carácter obligatorio.

La jurisprudencia para Carmona Tinoco es la que plasma la interpretación de las disposiciones jurídicas, provee su sentido y alcance, de manera que los estándares jurídicos por aplicar en un caso concreto no se agotan en el texto seco de la ley, sino también a la manera en que ha sido interpretado judicialmente. Agrega el autor, que de esta manera el texto y la interpretación forman una unidad normativa aplicable en casos concretos, por lo que de ahí proviene la importancia y necesidad de que la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, sea seguida por las autoridades en el ámbito doméstico.³⁰⁸ Es interesante la idea expresada, en cuanto a que el texto de la ley y la interpretación forman una unidad normativa aplicable a los casos concretos. Esto sucede cuando la interpretación proviene del intérprete último de la disposición legal. Lo que implica que no se forma esa unidad indisoluble de la interpretación que hagan los tribunales internos de las disposiciones de la Convención Americana, aún si proviene de la misma Corte de Constitucionalidad. Pero, todo lo contrario, sucede, cuando la interpretación se origina de la Corte Interamericana, por ser el intérprete último o final del tratado en referencia y de todos los tratados que forman parte del sistema interamericano en materia de derechos humanos.

El Estado de Guatemala, por lo tanto, cuando toma las medidas necesarias para adoptar las disposiciones internas para armonizar esos tratados con el

³⁰⁸ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*. En *Recepción nacional de derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Comps.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009. p. 248



derecho interno, debe tomar en cuenta no solo la letra de las disposiciones del tratado, sino la jurisprudencia generada por su intérprete último: la Corte Interamericana. De esta manera el Estado, tomando además como base las disposiciones constitucionales, debe buscar la mejor protección a los derechos y libertades de la persona, como una condición intrínseca a su dignidad.

3.4 Naturaleza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en las demandas presentadas en contra del Estado de Guatemala, son de cumplimiento obligatorio. Es así como lo señala el artículo 68.1 de la Convención Americana: Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte. El tema que fue objeto de mucha discusión y en cierta forma aún lo es, estriba en que, si además son vinculantes los fallos dictados por la Corte Interamericana en aquellos conflictos en los cuales Guatemala no ha sido parte demandada.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, efectivamente, forma con las normas de la Convención o de otros tratados del sistema interamericano, esa unidad indisoluble entre la norma y la jurisprudencia, para ser aplicada a los casos concretos. Esa unidad normativa es obligatoria para las autoridades judiciales y de toda índole, que están obligados a aplicar la Convención Americana y demás tratados del sistema interamericano de derechos humanos, obligación de control de convencionalidad que se debe ejercer *ex officio*. Esa obligación opera para Guatemala, desde que la Corte de Constitucionalidad, como intérprete último de la Constitución de la República, dio lugar a la formación del bloque de constitucionalidad, con la sentencia de fecha 17 de julio de 2012, dictada en el expediente 1822-2011, que resolvió una acción de inconstitucionalidad parcial por omisión, debido que el artículo 201 Bis del Código Penal, que tipifica el delito de tortura, omitió en el tipo penal respectivo, alguna de las circunstancias que debe contener el delito y que están contempladas en el artículo 1, de la Convención

contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y en el artículo 2, de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Tortura.



El bloque de constitucionalidad hace obligatorio la coherencia del derecho interno con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos. De tal manera que esos tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos, son, al igual que la Constitución, parámetro de comparación para ejercer el control de constitucionalidad – y, por lo tanto, de convencionalidad – del derecho interno.

Las normas constitucionales que hacen viables el control de convencionalidad, son los artículos 44 y 46 de la Constitución de la República. Expresa la Corte de Constitucionalidad:

Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia.³⁰⁹

El parámetro de comparación entre los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, con las disposiciones del derecho interno, constituyen control de constitucionalidad, porque la falta de coherencia entre los dos tipos de normativa, constituyen la inobservancia de los artículos 44 y 46 de la Constitución, en virtud de los cuales se incorporan con carácter preeminente los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos al derecho interno.

³⁰⁹ Expediente 1822-2011, Gaceta número 105, sentencia de inconstitucionalidad de carácter general, de fecha 17 de julio de 2012, página 28, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.



La novedad de la sentencia citada, estriba en que la Corte de Constitucionalidad por primera vez define los parámetros, alcance y contenido del bloque de constitucionalidad, al expresar:

Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.³¹⁰

De esta manera la Corte de Constitucionalidad nos coloca a la altura de otras legislaciones, reconociendo la existencia del bloque de constitucionalidad, la que está plenamente legitimada por constituir los tratados y convenios de la materia, un *corpus iuris* tutelar de los derechos humanos, delineando por primera vez su contenido y alcance, sin que esa configuración sea definitiva.

El bloque de constitucionalidad es una figura de naturaleza procesal, que hace viable la coherencia entre el derecho interno y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. De esta manera lo expresa la Corte de Constitucionalidad cuando señala:

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquel son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del

³¹⁰ Ibid. Página 30 de la sentencia.

ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.³¹¹



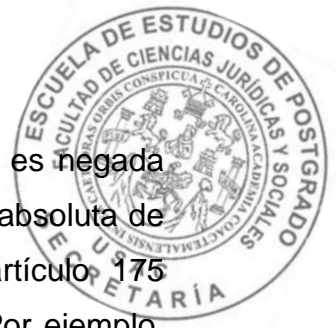
Cuando no exista esa coherencia entre los tratados en materia de derechos humanos y el derecho interno, opera la garantía constitucional de acción de inconstitucionalidad, que puede ser absoluta o parcial, como medio para obtener la protección constitucional.

Lo expuesto *ut supra* permite determinar, que existe la obligación del Estado de Guatemala de generar positivamente disposiciones del derecho interno, que permita regular de manera efectiva, el alcance del artículo 21 de la Convención Americana, en lo relativo al derecho de propiedad y más específicamente, de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana, ha expresado a los Estados la advertencia de la “relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables, a fin de garantizar los derechos de la propiedad colectiva indígena y tribal”.³¹² Como se puede apreciar, como tribunal internacional, la Corte Interamericana establece la obligación general de establecer, de acuerdo con los parámetros constitucionales de cada Estado, el debido control de convencionalidad, para el caso específico de hacer efectiva el derecho humano de propiedad colectiva de la tierra y territorios de los pueblos indígenas y tribales.

La evidente existencia del bloque de constitucionalidad, que se origina como consecuencia natural de la supremacía que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen ante el derecho interno y la consecuente obligación del Estado de Guatemala de conformar su legislación y actos de toda

³¹¹ Loc. cit.

³¹² *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, Vs. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 8 de octubre de 2015. Párrafo 211 de la sentencia.



clase de autoridad a esos instrumentos internacionales, no obstante, es negada por algunos sectores nacionales, bajo el argumento de la supremacía absoluta de la Constitución sobre cualquier tratado, con fundamento en el artículo 175 constitucional. Esa corriente también tiene expresión en la doctrina. Por ejemplo, Gabriela Rodríguez Huerta, citando a Posner, señala cómo algunos críticos sostienen que permitir que los jueces nacionales citen libremente la jurisprudencia internacional y de otras cortes se presta a una manipulación, ya que cualquier juez que quiera una cita que lo soporte solo tiene que buscar bien en todo el *corpus juris* del mundo para encontrarla. Agregando la autora que por otro lado, los críticos además usan el típico argumento en contra de cualquier fenómeno de la globalización: la pérdida de soberanía.³¹³

El argumento de la pérdida de la soberanía nacional, no es extraño en Guatemala, porque además de ese argumento, constantemente se recurre al de la soberanía del Estado. Por esa razón, es importante determinar si la Constitución en la regulación constitucional de la propiedad privada, como una constitución que evoluciona a las circunstancias históricas, es compatible con el contenido y alcance que la Corte Interamericana ha delineado en su jurisprudencia para la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. En otras palabras, determinar si es suficiente la regulación constitucional de la propiedad, para alcanzar y resguardar la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en general y la propiedad colectiva de la tierra y territorios de los pueblos indígenas en particular. Establecer si con las técnicas de interpretación del constitucionalismo moderno, se determina que efectivamente su protección constitucional se extiende a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas. Tema de mucha importancia, porque de ser así, significa que la Constitución, como pacto social que regula los derechos fundamentales de todos los guatemaltecos, individual y colectivamente considerados, comprende el modo de propiedad por excelencia que practican las

³¹³ Rodríguez Huerta, Gabriela. *Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos*. En Recepción nacional de derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Comps.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009. p. 215



comunidades indígenas. Lo que vendría a significar que existe fundamento constitucional para que las comunidades indígenas puedan ejercer a plenitud el derecho de propiedad colectiva, por estar protegida su derecho por el artículo 39 de la Constitución, de ser ese el caso o en su defecto el artículo 67.

La Constitución de un país, siempre debe tener la pretensión de poder proteger los derechos y libertades de todos los ciudadanos, sin discriminación por motivos de pertenencia étnica, posición económica o ideas políticas. Esa es la verdadera naturaleza de una Constitución viva. Un pacto social que se adecúe a las necesidades de cada momento histórico, garantizando mediante una adecuada protección, la paz, la justicia y la armonía social. Acertadamente expresa Francisco Fernández Segado, que la Constitución – toda constitución debe agregarse- tiene una pretensión de vigencia, pero también de vivencia, inspirando al unísono el devenir social, en acomodo a valores y principios constitucionalmente proclamados. Seguidamente agrega, que a la par de una Constitución viva, cuyos postulados se acomodan a la evolución cultural y social de la comunidad política, cuya civilizada y armónica convivencia ha de regir; por ello, el texto constitucional exige inexcusablemente de un intérprete último, cuya interpretación se imponga de modo vinculante frente a todos, que sea capaz no solo de aclarar las dudas que su texto, connotado por el hecho de que muchos de sus postulados son de carácter abierto y general, sino también de viabilizar a través de su interpretación el acomodo de las disposiciones constitucionales al devenir social, que en cualquier sociedad siempre es fluido y dinámico.³¹⁴ El reto de una constitución viva, mediante la aplicación de los diferentes principios y técnicas interpretativas, es propiciar una protección efectiva y eficaz, con igualdad y justicia para todos los sectores sociales. Veremos si la Constitución de Guatemala, teniendo como referencia el propio Convenio 169 y el artículo 21 de la Convención Americana, propicia efectivamente y de qué manera delinea, el contenido y alcance de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

³¹⁴ Fernández Segado, Francisco. *La evolución de la justicia constitucional*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2013. p. 1353

3.5 Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La propiedad ha sido reconocida como un derecho humano fundamental desde los movimientos constitucionalistas del siglo XVIII. Aparece en un lugar prominente en la Constitución de los Estados Unidos de América y entre los derechos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia. De igual manera sucede con las constituciones que marcan la historia constitucional de Guatemala, primero como colonia de España, con las constituciones de Bayona y de Cádiz, pasando por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 y por todos los textos constitucionales del Estado de Guatemala hasta la constitución vigente.

La internacionalización de los derechos humanos, también han reconocido la importancia de la propiedad para el ser humano. Aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en las cartas de derechos humanos regionales de Europa, África y América. La Declaración Universal de Derechos Humanos, que ha alcanzado categoría de *ius cogens*, tiene la peculiaridad de reconocer la propiedad privada en su dimensión individual y colectivamente, como lo establece el artículo 17, con la prohibición expresa de privar ese derecho arbitrariamente.

En 1948, como un instrumento contemporáneo de la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, surge en la Novena Conferencia Internacional Americana, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En el artículo XXIII de la Declaración, se reconoce el derecho de propiedad privada, cuyo objeto principal es, según se desprende de la propia declaración, satisfacer las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar. También esta declaración en la actualidad tiene fuerza legal como derecho consuetudinario.





El siguiente paso en el sistema interamericano de derechos humanos, fue la consagración del derecho de propiedad en el artículo 21 de la Convención Americana. Es interesante la peculiaridad de la estructura normativa del referido artículo. En su acápite hace referencia al: “Derecho a la propiedad privada”. Pero en el desarrollo normativo propiamente no se menciona la propiedad privada, sino al término genérico de bienes. Se estipula que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley, indica, además, puede subordinar tal uso y goce a la utilidad pública o al interés social.

Pero, la Convención regula el derecho humano de propiedad, no como un derecho absoluto y oponible *erga omnes* a todos los demás miembros de la sociedad. El artículo 21, establece restricciones a la propiedad de manera implícita, cuando señala que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley.

Acorde con la idea que la propiedad tiene restricciones, expresa Nicolás Perrone, que el derecho de propiedad admite graduaciones, lo que implica que es un derecho que puede ser restringido o ampliado, sin que esas circunstancias impliquen su aniquilación como derecho. Agrega el autor que los límites de esas restricciones están determinadas por la realidad social que vive cada país.³¹⁵ Debe entenderse que son las circunstancias concretas de utilidad pública o interés social, las que marcan las restricciones que el Estado puede aplicar, de acuerdo con el principio del margen de aplicación, pero evidentemente no puede ser una actividad arbitraria, puesto que la Convención establece requisitos mínimos que se deben cumplir.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el Estado, de conformidad con la Convención, según lo expresa Ellen Desmet, están: la legalidad, utilidad pública

³¹⁵ Perrone, Nicolás M. Artículo 21. *Derecho a la propiedad privada*. En Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Enrique M. Alonso Regueira (Comp.), Revista La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina, 2013. p. 357



o interés social y la indemnización justa. Agrega la autora que en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, único caso cuyo objeto de análisis es el derecho de propiedad entre persona no indígenas y las áreas protegidas, la Corte aborda el tema de los requisitos establecidos en el artículo 21.2 de la Convención.³¹⁶

Efectivamente si analizamos el artículo 21.2 de la Convención, se establece que debe existir un procedimiento legal establecido para el trámite de la expropiación por utilidad pública o interés social. Este procedimiento encierra el principio de legalidad, lo que implica la observancia del debido proceso. Por lo tanto, la utilidad pública o el interés social debe acreditarse fehacientemente y por último la indemnización debe ser justa.

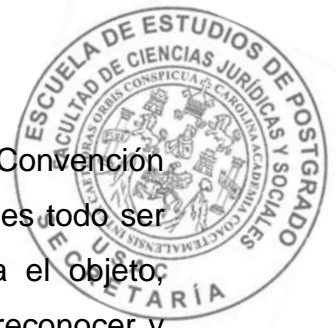
El caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, versa efectivamente sobre la expropiación de un terreno rústico para destinarlo a un área protegida, como parte de un parque metropolitano en la ciudad de Quito, en la sentencia la Corte establece los parámetros que debe cumplir la indemnización. Resuelve el Tribunal que en atención al justo equilibrio que debe existir entre el interés público y el interés particular, de acuerdo con los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, fija la suma que en concepto de indemnización justa en sede internacional debe pagar el Estado, por el valor del inmueble y sus accesorios.³¹⁷

3.6 Los pueblos indígenas como sujetos de derechos humanos

En materia de derechos humanos, el ser humano es el titular indiscutible de los derechos, porque protegen el núcleo central de los valores de la persona, que es la dignidad humana. Pero siendo que uno de los temas objeto de estudio de la presente investigación es la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, surge la interrogante si los pueblos indígenas, como colectividad, son sujeto de derechos humanos.

³¹⁶ Desmet, Ellen. *Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-político*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 75, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2014. p. 75

³¹⁷ Caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de interpretación de reparaciones y costas, de fecha 29 de agosto de 2011. Párrafo 28 de la sentencia.



Expresa Gros Espiell, que el Párrafo 2, del artículo 1, de la Convención Americana, estipula que, para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano. De ahí concluye el autor, que esta disposición determina el objeto, sentido y el fin de la Convención. Esto en cuanto a que se trata de reconocer y garantizar los derechos del individuo, del ser humano, de la persona de carne y hueso, y no de personas jurídicas, de entidades económicas, de sociedades financieras, sociales o culturales.³¹⁸ Esta opinión del autor marca las ideas dominantes en los primeros años de la década de los noventa. Se debe reconocer que esa visión individualista de los derechos humanos es propia de la filosofía liberal. Pero los derechos humanos se caracterizan por su evolución constante, por lo que es importante conocer los cambios que han ocurrido, con fundamento en el principio de interpretación evolutiva, para transitar de la conciencia individual de la persona a la conciencia colectiva, como merecedora de protección de derechos humanos, dando lugar a los sujetos de derecho colectivo en materia de derechos humanos.

Para Gómez Isa, los derechos humanos no podían dirigirse en forma exclusiva al ser humano en abstracto, sino que por el contrario se hacía necesario considerar a la persona concreta, situada en un determinado contexto. Agrega que esas reflexiones fueron el fundamento conceptual y teórico de la progresiva aparición de los derechos económicos, sociales y culturales.³¹⁹ Necesariamente la titularidad de los derechos humanos debía evolucionar hacia entes colectivos, como es el caso de los pueblos indígenas. De qué otra manera, existiendo derechos económicos, sociales y culturales, se puede disfrutar estos y exigir su cumplimiento, ante el Estado o instancias internacionales, si los titulares son un conjunto de personas y sí solo las personas individuales tienen la capacidad *ius standi*.

³¹⁸ Gros Espiell, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991. p. 72

³¹⁹ Gómez Isa, Felipe. *Los pueblos indígenas como sujetos de derecho al desarrollo*. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, M. Berraondo López (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2006. p. 453



Era preciso distinguir entre suma de individuos y entes colectivos. La Corte Constitucional de Colombia, asentó doctrina en materia de derecho indígena, al manifestar que no deben confundirse los derechos fundamentales de las comunidades indígenas con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena no es la simple sumatoria de sujetos individuales, que comparten los mismos derechos o intereses colectivos o difusos, sino un sujeto colectivo. Señala la Corte colombiana que, en el caso de los sujetos individuales, es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el caso de las comunidades indígenas, como afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos, mediante el ejercicio de las acciones populares respectivas.³²⁰ La simple sumatoria de sujetos es una suma de voluntades y titularidades de derechos. El pueblo indígena, contrario *sensu*, es una persona jurídica colectiva, titular de derechos y obligaciones. Es un sujeto de derecho en el orden nacional e internacional.

Los instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas, son la mejor prueba que el enfoque de los derechos humanos evolucionó hasta considerar, no solo a las personas individualmente consideradas como sujetos de derechos, sino a las propias comunidades o pueblos indígenas. En el caso del Convenio 169 de la OIT, en numerosas ocasiones se hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas, como ocurre con el artículo 14, cuando expresa que “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

Lo mismo se puede indicar de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por ejemplo, en el artículo 25 de la Declaración, se indica que “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado”. Se habla de derechos de los pueblos indígenas, como un sujeto de derechos, que

³²⁰ Sentencia T-380/93, Corte Constitucional de Colombia, de fecha 13 de septiembre de 1993. Párrafo 1



obviamente está conformado por individuos, pero que, como pueblo indígena, tiene derechos propios.

Finalmente, en el sistema regional americano, la Corte Interamericana, en forma clara y expresa, reconoce a los pueblos indígenas como sujeto de derechos colectivos. En una de sus sentencias, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, el Tribunal indica que, en oportunidades anteriores, en caso de comunidades o pueblos indígenas y tribales, el tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los miembros de las comunidades y pueblos indígenas. Seguidamente agrega la Corte, que la normativa internacional reconoce derechos a los pueblos indígenas como sujetos colectivos del derecho internacional, y no únicamente a sus miembros. Y concluye la Corte:

Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.³²¹

A partir de entonces la Corte Interamericana, toma a los pueblos indígenas como sujeto de derechos, cuando se abordan temas de derechos específicos de los pueblos indígenas, como es el caso de la propiedad colectiva de la tierra, territorios y sus recursos.

3.7 Equiparación de derechos entre pueblos indígenas y pueblos tribales, en relación con la propiedad colectiva o comunal

En la jurisprudencia asentada por la Corte Interamericana, se distingue entre pueblos indígenas y tribales, pero equiparándolos en derechos, en relación con la propiedad colectiva o comunal. Esta distinción seguramente viene del Convenio 169.

³²¹ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo y reparaciones, de fecha 27 de junio de 2012. Párrafo 231 de la sentencia.



En la sentencia del caso de la comunidad Moiwana contra Suriname, indica la Corte, que la jurisprudencia que se relaciona con las comunidades indígenas, en cuanto a sus derechos comunales a la propiedad colectiva, amparada por el artículo 21 de la Convención, debe ser aplicada a los miembros de la comunidad tribal que reside en Moiwana.³²²

Si la jurisprudencia relacionada con los pueblos indígenas, en cuanto a los derechos de propiedad colectiva, son aplicables a los pueblos tribales, esa misma jurisprudencia que la Corte ha emitido y asiente en el futuro en relación con la propiedad colectiva de los pueblos tribales, también deberá, por regla general, ser aplicada a los pueblos indígenas. Debido a esa circunstancia, en la presente investigación se incluirán las sentencias dictadas por la Corte Interamericana, que tengan trascendencia para el derecho de propiedad colectiva, porque esta es aplicable a los pueblos indígenas.

Por otra parte, la diferencia entre pueblo indígena y pueblo tribal es muy tenue o relativa. Algunos de los elementos que conforman un pueblo tribal, han sido establecidos por la Corte Interamericana, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales internacionales, como tendremos oportunidad de verificar en los casos desarrollados *ut infra*. Pero es importante tener un breve acercamiento de lo que los convenios 107 y 169 de la OIT, consideran un pueblo tribal y sus diferencias con los pueblos indígenas.

El origen de esta distinción entre pueblos indígenas y tribales, se puede rastrear desde el texto del Convenio 107, Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes. Este convenio complica la identificación al incluir además de los pueblos indígenas y tribales, los pueblos semitribuales.

³²² Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 15 de junio de 2005. Párrafo 133 de la sentencia.

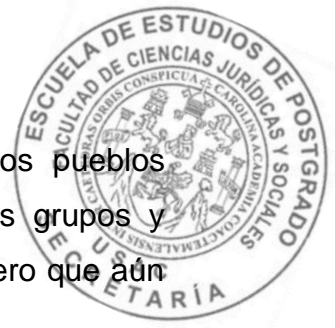


El artículo 1.1.a del Convenio 107, identifica como poblaciones tribuales o semitribuales, aquellas cuyas condiciones económicas y sociales correspondan a una etapa que esté menos avanzada que las etapas alcanzadas por otros sectores de la sociedad y que se rijan en forma total o parcial por sus costumbres o tradiciones. Pero seguidamente en el mismo artículo 1.1.b, indica que los miembros de los pueblos tribuales o semitribuales, serán considerados indígenas por el hecho de ser descendientes de poblaciones que habitaron el país en la época de la conquista o colonización y porque viven más de acuerdo con sus instituciones económicas, sociales y culturales de esa época, que con las instituciones de la nación a la que pertenecen.

El Convenio 107 establece la distinción basado en un factor de desarrollo social y económico. Esto demuestra que se tenía una visión un tanto racista y enfocada a legitimar el proceso de integración de las comunidades indígenas en la sociedad dominante, producto de las políticas asimilacionistas o intregacionistas que prevalecían en la época, que no valoraban la multiculturalidad.

Se puede constatar como el rasgo característico de las poblaciones indígenas es el factor temporal y geográfico, que determina continuidad histórica, porque, según el Convenio 107, son pueblos tribales que descienden de poblaciones de la época de la colonia o colonización. Porque estaban establecidas en una región o lugar en los límites del país. Este factor determina que desde la época colonial existía la conexión de la comunidad con el territorio que ocupaban y ocupan en la actualidad.

El otro aspecto importante por destacar es la estructura u organización económica, social y cultural, porque para el Convenio 107 son comunidades indígenas, las que “vivan más de acuerdo” con esas instituciones que conservan de esa época de la conquista o colonia.

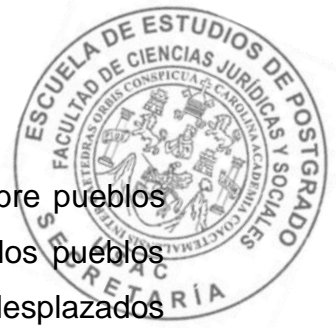


El enfoque discriminatorio se refleja aún más al definir a los pueblos semitribales, que son, según el artículo 1.3 del Convenio 107, los grupos y personas que están próximos a perder sus características tribales, pero que aún no están integrados a la colectividad nacional.

El convenio 169 solamente precisó los conceptos de pueblos indígenas y tribales, excluyendo además el término semitribal. El artículo 1.a, señala que los pueblos tribales, tienen condiciones económicas, sociales y culturales distintas a otros sectores de la sociedad nacional. Además, están regidos, en forma total o parcial, por sus propias costumbres o tradiciones o bien por una legislación nacional.

El mismo instrumento convencional, en el artículo 1.b, establece que los pueblos indígenas, son considerados como tales, por descender de poblaciones que habitaban el país o una región geográfica de un país en la época de la conquista o colonización o bien del establecimiento de las actuales fronteras del Estado de que se trate. Además, tienen otra característica, según el referido artículo, que cualquiera que sea la situación jurídica del pueblo indígena, aún conservan todas las instituciones económicas, sociales y culturales propias o parte de ellas.

El análisis comparativo entre pueblos indígenas y tribales, según el Convenio 169, permite verificar que ambos tienen condiciones económicas, sociales y culturales distintas al resto de la colectividad nacional. El pueblo tribal se rige total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, pero de igual manera sucede con los pueblos indígenas, que pueden que conserven todas o parte de las instituciones económicas, sociales y culturales. Este análisis nos lleva a la conclusión de que la única característica distintiva entre pueblo indígena y tribal es que el primero descende de poblaciones que ya habitaban el país o la región en la época de la conquista y la colonización. Es decir, la continuidad histórica, tomando en cuenta la conquista o colonización como punto de quiebre.



De acuerdo con la regulación del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, deducimos que califican como pueblos tribales los pueblos originalmente indígenas que en la época de la colonia fueron desplazados forzosamente a otra región. Este tipo de fenómenos sociales no eran extraños en la época colonial, cuando se necesitaba mano de obra indígena en otra región, bajo la figura de los mandamientos de indios. De igual manera serían pueblos tribales, los grupos humanos conformados por miembros de pueblos originalmente indígenas, que fueron traídos del continente africano como mano de obra esclava a América en la época colonial o en el siglo XIX, antes de la abolición de la esclavitud. Como se podrá constatar, así sucedió en los casos Saramaka y Moiwana contra Surinam. Para conformarse un pueblo tribal con afrodescendientes, era necesario que los esclavos evadieran la esclavitud, para establecerse en alguna región del país, conservando el grupo humano sus características distintivas, que los diferencian del resto de la sociedad nacional y que conserven, además, en forma total o parcial, sus costumbres o tradiciones, como lo exige el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La regulación del Convenio 169, nos lleva a concluir que, en Guatemala, hay veintitrés pueblos indígenas, veintidós mayas y el xinca que, aunque, no es maya, habitaban una región específica de lo que hoy es la República de Guatemala, cuando Pedro de Alvarado los conquistó, por lo que tienen continuidad histórica. Además, entraría dentro de la categorización de pueblo tribal, la comunidad garífuna que se ubicó en la región del Caribe, en lo que hoy es Livingston, que ocupan desde la época colonial, hace más de doscientos años, porque conservan rasgos culturales distintivos y porque es un pueblo desplazado posterior a la Conquista o colonización.

Es importante señalar que la comunidad garífuna, que se extiende a Honduras y Nicaragua, está conformada por comunidades que conforman un solo pueblo, con los mismos orígenes y raíces. Prueba de ello es que ante la Corte Interamericana se tramitó el proceso de la comunidad garífuna Triunfo de la Cruz y



sus miembros, contra el Estado de Honduras, que tuvo como objeto, entre otros aspectos, precisamente la discusión de aspectos relacionados con la propiedad de territorio colectivo o comunal. Lo interesante del caso es que, la comunidad garífuna Triunfo de la Cruz, en el proceso se auto identificó como pueblo indígena.

La Corte en la sentencia reconoce que el Pueblo Garífuna tiene su origen en el siglo XVIII, proveniente de la unión de africanos de barcos que naufragaron en la Isla San Vicente en 1635 y los amerindios Arawak y Kalinagu, que habitaban la zona desde antes de la época colonial. Además, manifiesta que constituye un grupo étnico diferenciado, producto de un sincretismo entre indígenas y africanos, que han hecho valer sus derechos ante el Estado hondureño como pueblo indígena heredero de los caribes insulares, con manifestaciones culturales de origen africano. Señala además que la autoidentificación es un criterio subjetivo, de los principales y determinantes criterios que recoge el artículo 1.2 del Convenio 169, para ser considerado como pueblo indígena.³²³ Es evidente a lo largo de todo el proceso que la Corte no contraviene el derecho del Pueblo Garífuna de autoidentificarse como pueblo indígena.

El criterio de autoidentificación ha sido reforzado en el caso Xákmok Kásek, en el que el Tribunal expresó que no le corresponde a la Corte ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la comunidad, porque la identificación enfatiza, que va desde su nombre como su composición, es un hecho histórico social que forma parte de la autonomía de la comunidad.³²⁴

Por lo manifestado anteriormente, es de vital importancia, destacar el derecho a la autoidentificación, que establece el artículo 1.2 del Convenio 169, porque los Estados deben respetar la conciencia de las comunidades en cuanto a su identidad indígena o tribal, que es un criterio fundamental para determinar la

³²³ *Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros*, vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 8 de octubre de 2015. Párrafos 37 y 38 de la sentencia.

³²⁴ *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 37 de la sentencia.



existencia de los grupos indígenas y tribales, a quienes se debe aplicar las disposiciones del Convenio en cuestión y que igualmente es importante para determinar los derechos relacionados con la propiedad colectiva o comunal. A un pueblo indígena o tribal no se le puede identificar impositivamente. El mismo pueblo adquiere conciencia de lo que es y cómo se visualiza de acuerdo con sus propias prácticas culturales.

3.8 Jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a la propiedad colectiva

En los siguientes apartados, se hará el análisis respectivo de las sentencias de la Corte Interamericana, que tuvieron por objeto, ya sea exclusivo o marginal, abordar el tema de la propiedad colectiva o comunal de la tierra y territorios de los pueblos indígenas. Como ya se aclarará, se incluirán algunos casos de pueblos tribales, dada la circunstancia que, por disposición de la misma Corte, la jurisprudencia originada en casos de pueblos tribales, también es aplicable plenamente a los pueblos indígenas.

Los casos serán presentados preferentemente siguiente el orden cronológico, que permita visualizar la evolución de los criterios de la Corte. Empero, cuando la importancia de una sentencia posterior a otro caso sea mucho más importante o rica en criterios nuevos o novedosos, es posible que la preceda. Los criterios jurisprudenciales establecidos serán resultado del análisis de la motivación y fundamentación que hace la Corte en las sentencias respectivas.

3.8.1 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 4 de junio de 1998, sometió ante la Corte Interamericana la demanda de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (En adelante comunidad Mayagna o



simplemente la comunidad) contra el Estado de Nicaragua, originado de la denuncia 11.577, que fuera presentada en la Secretaría de la Comisión el 2 de octubre de 1995.³²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicta sentencia de fondo, reparaciones y costas, el 31 de agosto de 2001.

Es el primero de los casos relativo a los derechos de pueblos indígenas, que aborda el tema de la propiedad colectiva o comunal. Es necesario recordar que la concepción clásica de los derechos humanos, de corte liberal, olvida los derechos de los pueblos indígenas. No los encontramos en los documentos históricos de los derechos humanos ni en otros más recientes como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre y en la propia Convención Americana. Solamente el principio de evolución ha permitido superar la etapa individualista de los derechos humanos, hasta arribar a los derechos de entes colectivos, como los pueblos indígenas.

Expresa Rodríguez Piñero, en cuanto a la eclosión de los derechos de los pueblos indígenas, que en su evolución se pueden identificar tres fases: la primera, la tardo indigenista, de la década de los setenta; la segunda, marcada por el interés por la situación de los pueblos indígenas, desde la perspectiva general de los derechos individuales, propia de la década de los ochenta y mediados de los años noventa. En tanto la tercera fase, expresa, es la del reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas.³²⁶ Esta fase que en el plano normativo y declarativo, está marcada por el Convenio 169 y por el proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y se concretiza en el plano jurisprudencial con la sentencia de la Corte IDH en el caso de la comunidad Mayagna. Este caso es el punto de partida de un proceso jurisprudencial que aún está en desarrollo, pero, a la fecha, ha establecido criterios importantes para la efectiva realización de derechos de esos grupos de la

³²⁵ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 31 de agosto de 2001. Párrafo 1 de la sentencia.

³²⁶ Piñero Royo, Luis Rodríguez. *“El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”*. En *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, M. Berraondo López (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2006. p. 160.



población tradicionalmente excluida, marginada y explotada, principalmente en cuanto al tema de la propiedad colectiva o comunal.

3.8.1.1 Características de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni

Se establece entre los hechos que la Corte dio por probados, que la comunidad reclamante es una comunidad indígena de la etnia Mayagna o Sumo, ubicada en la Costa Atlántica de Nicaragua. La rigen como autoridades indígenas: una junta directiva, compuesta por el juez del pueblo, el síndico, el suplente del síndico y el responsable del bosque. La autoridad máxima es la asamblea constituida por todos los miembros adultos de la comunidad, ante quien responden las autoridades. La comunidad está conformada por más de seiscientas personas. Subsisten de la agricultura familiar y comunal, de la recolección de frutas y plantas medicinales, la caza y la pesca. Las actividades de subsistencia las realiza la comunidad dentro de un espacio territorial, en un esquema de organización colectiva tradicional.

Además, la Corte acredita que en las tierras reclamadas que la comunidad reputa como suyas, existen traslapes o sobre posiciones por los reclamos de otras comunidades indígenas de la región de la Costa Atlántica y del propio Estado de Nicaragua. Finalmente, la Corte tiene por probado que la comunidad carece de un título real de propiedad sobre las tierras que reclama como suyas.³²⁷

3.8.1.2 Hechos de la demanda

La demanda se fundamenta en que el Estado demandado, no ha demarcado las tierras comunales de la comunidad Mayagna. Además, porque no ha tomado las medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales y por haber otorgado una concesión a una empresa particular, denominada SOLCARSA, para la

³²⁷ Sentencia caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Vs. Nicaragua. Op. cit. Párrafo 103 de la sentencia.



construcción de carreteras y explotación maderera en las tierras de la comunidad, sin el consentimiento de esta. Por otra parte, porque en el orden jurídico interno, no se ha garantizado un recurso efectivo para dar respuesta a las reclamaciones de la comunidad sobre sus derechos de propiedad.³²⁸

En forma concreta, la Comisión solicita a la Corte que el Estado debe establecer un procedimiento jurídico que haga viable la demarcación y el reconocimiento oficial de los derechos de propiedad de la comunidad Mayagna. Por otra parte, que el Estado debe abstenerse de otorgar cualquier concesión para el aprovechamiento de los recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por la comunidad Mayagna, hasta que se resuelva lo relativo a la tenencia de la tierra.³²⁹ Y, por último, que se condene al Estado al pago de una indemnización compensatoria por los daños materiales y morales sufridos por la comunidad.³³⁰

3.8.1.3 Violación de derechos reclamados

La Comisión alega ante la Corte la violación de los siguientes artículos de la Convención Americana: artículo 1, Obligación de respetar los derechos; artículo 2, Deber de adoptar disposiciones de derecho interno; artículo 21, Derecho a la propiedad privada y 25, protección judicial.³³¹

3.8.1.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni

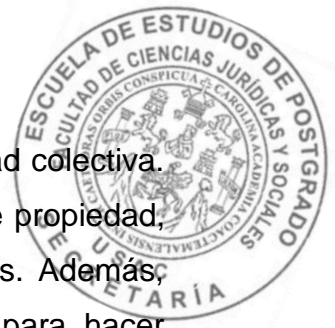
La sentencia del caso de la comunidad Mayagna es el primer fallo de la Corte que reconoce que el artículo 21 de la Convención, protege de igual manera que lo hace con la propiedad privada, a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas. Por esa razón, es muy rica en aspectos jurisprudenciales que permiten determinar, aunque no de una manera acabada, porque la jurisprudencia

³²⁸ Ibid. Párrafo 2, de la sentencia.

³²⁹ Ibid. Párrafo 3, de la sentencia.

³³⁰ Ibid. Párrafo 4, de la sentencia.

³³¹ Ibid. Párrafo 2, de la sentencia.



de la Corte está en desarrollo, los alcances y contenido de la propiedad colectiva. La jurisprudencia asentada permite visionar la esencia de este tipo de propiedad, que es privativa y muy específica de los pueblos indígenas y tribales. Además, muestra cuáles son algunas de las responsabilidades del Estado, para hacer efectivo la protección del derecho de propiedad colectiva o comunal. Por lo que, a continuación, se abordan los aspectos destacados de la sentencia.

3.8.1.4.1 El derecho de propiedad privada tradicional se amplía al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas

La Corte hace algunas consideraciones sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención. Señala que, durante los estudios de preparación de la Convención Americana, se tomó la decisión de reemplazar la frase “Toda persona tiene el derecho a la propiedad privada”; por la que indica que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”. Se optó por hacer referencia al uso y goce de bienes en lugar de la expresión propiedad privada.³³² Para el Tribunal, el término “bienes” debe ser definido como aquellas cosas materiales que son apropiables, pero que además comprende todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Aclara la Corte que el concepto comprende los bienes muebles y los inmuebles, los elementos corporales y los incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.³³³

La sentencia, por otra parte, destaca como la Convención Americana en el artículo 21, recoge un concepto amplio de propiedad, en las distintas formas que la realidad pueda demostrar su existencia, como una cualidad inherente del ser humano. La propiedad no puede limitarse a los elementos materiales, señala la decisión de los jueces. Dentro de su concepto intertemporal, deben estar comprendidos todos aquellos elementos inmateriales o espirituales, que sean patrimonio colectivo de un pueblo. Esto implica que las ideas religiosas o

³³² Ibid. Párrafo 145, de la sentencia.

³³³ Ibid. Párrafo 144, de la sentencia.



espirituales de los pueblos indígenas, que están vinculados a las tierras comunales, no solamente constituyen un elemento cultural que debe servir de base para demostrar su pertenencia a un territorio, para demostrar la propiedad de la tierra, sino además que esos elementos son una forma específica de propiedad inmaterial. De esta manera la propiedad colectiva de la tierra, se vincula inextricablemente a otras formas de propiedad inmaterial, vinculándose y determinándose mutuamente.

3.8.1.4.2 Los tratados internacionales son instrumentos vivos, cuya interpretación evolutiva protege la propiedad colectiva

El Tribunal de derechos humanos enfatiza que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, que estos no pueden estar sujetos al sentido que se les atribuya en el sistema de derecho interno. Tratados que – agrega – son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que adecuarse necesariamente a la evolución de los tiempos, y, especialmente, a las condiciones de vida actuales.³³⁴ De manera que la jurisprudencia de la Corte conceptualiza a los tratados, como sucede con los textos constitucionales, como instrumentos dinámicos, que se adaptan a las necesidades históricas de cada pueblo o comunidad.

La Corte a la luz del material probatorio, concluye que al hacer una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, se debe aplicar el artículo 29.b de la Convención Americana, que establece como inadmisibles la interpretación restrictiva de los derechos, en relación con el artículo 21 de la Convención que protege la propiedad y que en un sentido general abarca otros derechos de los miembros de las comunidades indígenas, en la forma de propiedad comunal.³³⁵

³³⁴ Ibid. Párrafo 146, de la sentencia.

³³⁵ Ibid. Párrafo 148, de la sentencia.



La Corte por medio de la aplicación del principio de evolución interpretativa, reconoce la propiedad colectiva o comunal como propiedad colectiva protegida por el artículo 21 de la Convención. Este reconocimiento se da a pesar de que en forma literal el relacionado artículo no menciona la propiedad colectiva. Esto solamente es posible gracias a que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, son instrumentos vivos. Para hacer efectivo la propiedad en todas sus formas, que comprenda elementos materiales e inmateriales, es que el artículo 21 de la Convención tiene un amplio alcance, más allá de la tradicional concepción civilista.

En el amplio sentido y alcance que caracteriza la disposición del artículo 21 de la Convención, los jueces plasman el principio consistente en que: los tratados son instrumentos vivos. Un principio que tiene lógica, porque si las constituciones para ser efectivas deben ser constituciones vivas, de igual manera lo debe ser un tratado, que, como la Convención Americana, es un tratado constitutivo en materia de derechos humanos de la región americana. Dicho de otra manera, es la Constitución en materia de derechos humanos del sistema interamericano. Pero la esencia de la interpretación evolutiva es que la realidad va transformándose en cada época o momento histórico, surgen nuevos derechos y situaciones, que tienen cabida en los valores y principios que el texto contiene, para regular eficazmente la nueva realidad.

La naturaleza dinámica de la Convención, permite proporcionar una protección eficaz en cada momento histórico, bajo el principio de una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas, de los pueblos o comunidades. Esta protección es posible, gracias a la disposición del artículo 29.b de la Convención, que prohíbe interpretar la Convención en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de los Estados o de otra convención de la que sea parte el Estado. Esta disposición de la Convención comprende el principio *pro homine*, que válida el derecho más amplio o garantista en favor de la persona humana y a partir



del caso Mayagna, el más favorable para los pueblos indígenas. El principio *pro homine* alcanza una dimensión colectiva en la protección de los derechos más preferentes.

El voto razonado del juez Salgado Pesantes, permite visualizar que la interpretación evolutiva que la Corte hace del artículo 21, supera la tradicional relación individual que ha caracterizado a la propiedad, para pasar a incluir una relación colectiva o comunal. Indica en su voto razonado que el derecho a la tierra, que se inscribe en el derecho a la propiedad, desborda el concepto tradicional en que prima la relación individual, porque la propiedad colectiva o comunal, cumple mucho mejor la exigencia de la función social que es parte de su naturaleza.³³⁶ Por esa razón quizá le asista la razón a Luis Rodríguez-Piñero, cuando señala que la interpretación evolutiva sobre el derecho fundamental a la propiedad, que se ha hecho de instrumentos como la Convención Americana, va más allá del texto de sus disposiciones, para amparar los valores en que ese derecho de propiedad colectiva se fundamenta.³³⁷

De cualquier manera, la interpretación evolutiva, refleja la naturaleza de instrumentos vivos que debe caracterizar los convenios y tratados de derechos humanos, como también las constituciones nacionales, sobre la base de una efectiva protección de todos los derechos que protegen la dignidad humana, ya sea visualizados en forma individual o colectivamente, porque estos últimos al final impactan sobre los individuos.

3.8.1.4.3 La cosmovisión indígena determina la pertenencia al territorio, configurando una relación especial material y espiritual con la tierra

El Tribunal hace precisiones acerca del concepto de propiedad colectiva o comunal indígena de la tierra. Indica que existe la tradición comunitaria de la

³³⁶ Voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Párrafo 2 del voto razonado

³³⁷ : Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op. cit. p. 187



propiedad colectiva de la tierra, que esto implica que la pertenencia de la tierra no está centrada en el individuo si no que lo está en la comunidad o grupo. La Corte reconoce el derecho que tienen como comunidad indígena, de vivir libremente en los territorios, se reconoce además la relación muy estrecha que tienen con la tierra y que esa comprensión es la base fundamental de la cultura indígena, de la vida espiritual, la integridad y la base de su supervivencia. Aclara la Corte que para los indígenas, la relación con la tierra no puede estar basada únicamente en la posesión y la producción, sino que existe un elemento material y también espiritual del que también deben gozar a plenitud, lo que les permite preservar el legado cultural, que podrá ser transmitido a las futuras generaciones.³³⁸

La sentencia cuenta con el voto razonado concurrente conjunto de los jueces Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli. Los jueces amplían el concepto de la relación que las comunidades indígenas tienen con la tierra. Indican que en una dimensión intertemporal, que de la manera en que la tierra que poseen les pertenece, a la vez, ellos pertenecen a la tierra. De ello se deriva el derecho de preservar las manifestaciones culturales, tanto las pasadas como las futuras. Destacan por ello la importancia de fortalecer la relación espiritual y el material de los miembros de las comunidades indígenas con la tierra que ocupan, para preservar el legado histórico de sus antepasados, pero también tienen la exigencia de asumir las responsabilidades con las generaciones por venir. Los jueces entienden que de ahí proviene la importancia que le atribuyen a la conservación de la tierra, más allá de la simple y llana explotación de los recursos naturales. Poseen, acotan, una forma comunal de propiedad, que es más amplia que la concepción civilista, que es en esencia jusprivatista, por lo que esta peculiaridad de la forma de propiedad debe ser apreciada desde la perspectiva del artículo 21 de la Convención, a la luz de los hechos del caso bajo análisis.³³⁹

³³⁸ Ibid. Párrafo 149, de la sentencia.

³³⁹ Voto razonado concurrente de los jueces Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, sentencia de fondo, reparaciones y costas de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Párrafos 8 y 9 de la sentencia.



Por otra parte, en el voto razonado concurrente se destaca la importancia, que por primera vez la Corte profundiza el análisis tomando en cuenta una aproximación integral de la cosmovisión de una comunidad indígena, como punto esencial de la sentencia. Se hace dentro de la concepción comunal, la integración de la dimensión intertemporal, para destacar los lazos de la solidaridad humana para vincular a los vivos con los muertos y de los seres que están por venir como parte de la comunidad indígena.³⁴⁰ De esa manera los jueces hacen explícita la caracterización que el indígena hace del territorio como algo sagrado, porque cobija no solo a los miembros de la comunidad que están vivos, sino que además a los restos mortales de los antepasados, pero también a las divinidades, de donde viene la significación de los cerros como sagrados, porque los habitan las divinidades. De esa significación espiritual deviene la integración del ser humano con la propia naturaleza y del mundo que habitan.³⁴¹

Es importante destacar que dentro del patrimonio inmaterial que destaca la Corte para la comunidad Mayagna, en el plano religioso o espiritual, está la circunstancia que en sus tierras están los restos de sus antepasados y habitan las divinidades del monte, por lo cual su territorio es sagrado. Estos aspectos de la cosmovisión de una comunidad indígena, demuestra que han habitado el territorio desde tiempos inmemoriales, lo que debe constituir un elemento para determinar la propiedad colectiva del territorio. Por esa razón, el reconocimiento de la relación especial de carácter espiritual y cultural que existe entre los pueblos indígenas y su territorio es un elemento inmaterial de trascendental importancia, que debe ser tenido en cuenta por el Estado en la determinación de los derechos de propiedad colectiva de las comunidades indígenas.

Finalmente, en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, la Corte configura toda la cosmovisión de los pueblos indígenas en su vinculación a la tierra.

³⁴⁰ Ibid. Párrafos 13 y 15 del voto razonado.

³⁴¹ Ibid. Párrafos 2 y 10 del voto razonado



Se indica que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria debe tomar en cuenta como la tierra tiene una estrechamente relación con las tradiciones y expresiones orales, las costumbres y rituales, las lenguas y las artes, los usos y conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias, el derecho consuetudinario, la forma de vestir, la filosofía y los valores. Además, esa relación influye en la relación con el entorno, en la integración con la naturaleza y la historia, que transmiten de generación en generación, como patrimonio cultural inmaterial, recreado constantemente por los miembros de las comunidades.³⁴² La relación con la tierra engloba todo, lo terrenal y lo espiritual. Abarca la concepción del cosmos, de lo cual se deriva la forma de vida, costumbres, prácticas tradicionales, organización social, economía y relaciones sociales. Por esa razón se afirma que la tierra es el alfa y omega de existencia indígena.

3.8.1.4.4 La posesión tradicional es un elemento que determina la propiedad colectiva del territorio indígena

La sentencia del caso de la comunidad Mayagna, establece que además del procedimiento configurado por el Estado, este debe dar cabida a las prácticas de derecho consuetudinario de las comunidades: Señala que el Estado debe adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otro carácter que sean necesarias, para crear el mecanismo efectivo para la demarcación, delimitación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas, que sea acorde con el derecho consuetudinario, el uso, valores y costumbres de la comunidad.³⁴³ Esto implica que la comunidad debe participar en todo el proceso de delimitación de las tierras o territorio que será reconocido por el Estado. Es un proceso que debe ser consensuado con las comunidades, y no impuesto, actuando los pueblos indígenas, según sus prácticas tradicionales.

³⁴² Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 17 de junio de 2005. Párrafo 154 de la sentencia.

³⁴³ Sentencia Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. Párrafo 164



En las consideraciones de la Corte, se destaca la importancia que el Estado debe conceder al derecho consuetudinario para el ejercicio de la propiedad indígena. Un aspecto importante que forma parte del derecho consuetudinario es la posesión tradicional. La sentencia señala que como resultado de la costumbre, la posesión de la tierra, debe ser suficiente para que las comunidades indígenas, que carecen de un título real de propiedad, obtengan el reconocimiento del Estado de la propiedad de la tierra y que se haga consecuentemente el registro correspondiente.³⁴⁴

La Corte, además, destaca que, en la delimitación y demarcación de un territorio o de las tierras comunales, debe tomarse en cuenta el derecho consuetudinario, lo que delinea la importancia de la posesión tradicional como elemento demostrativo de propiedad para el caso de las comunidades indígenas. Es importante destacar que el derecho real civilista también otorga importancia a la posesión como un criterio para demostrar presunción de propiedad o preferencia para ejercer un determinado derecho real. La diferencia en el caso de las comunidades indígenas es que la posesión demuestra el derecho de propiedad, no la presunción de propiedad ni preferencia para adquirir la propiedad. Además, la posesión acredita la propiedad en favor de una colectividad, como una comunidad indígena, no de un individuo.

La configuración del elemento de la posesión tradicional, como fundamento de la propiedad colectiva, adquiere mayor claridad en un caso posterior, de la comunidad Sawhoyomaxa contra la República de Paraguay. La Corte claramente indica que la posesión tradicional sobre la tierra que tienen los indígenas, surte efectos que son equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. Por otra parte señala que la posesión tradicional concede el derecho a los indígenas de exigir al Estado el reconocimiento oficial de la propiedad y el respectivo registro.³⁴⁵

³⁴⁴ Ibid. Párrafo 151, de la sentencia.

³⁴⁵ Caso de la comunidad Indígena Sawhoyomaxa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 128 de la sentencia.



El derecho consuetudinario indígena y las prácticas tradicionales, una vez acreditadas en relación con el territorio, determina el derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Estos elementos están por encima de la existencia de un título formal de propiedad o del reconocimiento que pueda hacer el Estado. El derecho de propiedad depende directamente del derecho consuetudinario y las prácticas tradicionales de cada pueblo.

La importancia que tiene la posesión de la tierra como equivalente a un título de propiedad, ha sido reiterada, entre otros, en los casos *Moiwana y Saramaka contra Surinam*; *Kichwa de Sarayaku contra Ecuador* y *Sawhoyomaxa contra Paraguay*.

3.8.1.4.5 Los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas deben ser efectivos, no basta con su reconocimiento formal

La Corte aborda el tema, de si en Nicaragua existe un procedimiento para la titulación y demarcación de tierras indígenas. Para el efecto analiza los artículos 5, 89 y 180 de la Constitución Política de Nicaragua. Puede afirmarse que la legislación que la Corte analiza es en relación con los derechos de pueblos indígenas, de las más amplias y completas de Centroamérica, porque el Estado, en la letra de la ley constitucional, hace un amplio reconocimiento de los derechos específicos de las comunidades indígenas.

El artículo 5 Constitucional, reconoce el pluralismo jurídico, social y étnico y las distintas formas de propiedad. En forma específica reconoce la existencia de los pueblos indígenas, además el derecho de mantener y desarrollar la identidad y su cultura, las formas de organización social, los procedimientos para administrar sus asuntos locales y el mantenimiento de las formas de propiedad de las tierras, como el goce, uso y disfrute de estas. La Constitución tiene una visión multiforme de la propiedad, porque reconoce la propiedad pública, la privada, de cooperativa y comunitaria, con el mandato expreso de garantizarlas y estimularlas, sin



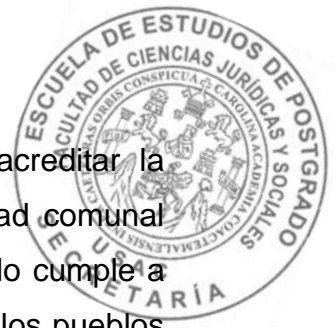
discriminación, para producir riqueza, las que dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social.

La Constitución de Nicaragua en el artículo 89, hace un reconocimiento específico a las comunidades indígenas de la Costa Atlántica, en los términos amplios del artículo 5, pero de forma específica reconoce las formas de propiedad indígena de las tierras, como el goce, uso y disfrute del agua y de los bosques de la tierra comunal.³⁴⁶ El artículo 180 de la Constitución complementa esta regulación al reconocer que las comunidades de la Costa Atlántica, tienen el derecho de vivir y de desarrollarse bajo la organización social que corresponda a sus tradiciones históricas y culturales. Además, el Estado garantiza el disfrute de los recursos naturales y la efectividad de las formas de propiedad de las comunidades.³⁴⁷

En los mismos términos que la Constitución, la Ley No. 28 de Nicaragua, Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica, reconoce en forma amplia la propiedad comunal de las tierras indígenas en el artículo 9 de la ley. En tanto el Decreto No. 16-096, que crea la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las comunidades en la Costa Atlántica, también reconoce por parte del Estado las formas de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica y agrega, que existe la necesidad de establecer una instancia administrativa adecuada para iniciar el proceso de demarcación de las tierras tradicionales de las comunidades indígenas. La referida ley, asigna a la Comisión Nacional, entre otras funciones, las de identificar las tierras que tradicionalmente han ocupado las diferentes comunidades indígenas, realizar un proceso de análisis geográfico que determine las áreas comunales y las estatales, elaborar un proyecto de demarcación y gestionar el financiamiento para dicho proyecto. Por último, destaca la Corte que la Ley No. 14, Ley de Reforma Agraria, regula que el Estado dispondrá de las tierras necesarias para las comunidades Miskitas, Sumos, Ramas y demás etnias del Atlántico de Nicaragua.

³⁴⁶ Ibid. Párrafo 117, de la sentencia.

³⁴⁷ Ibid. Párrafo 118, de la sentencia.



³⁴⁸ El análisis de estas disposiciones legales lleva a la Corte a acreditar la existencia de una normativa que reconoce y que protege la propiedad comunal indígena de los pueblos indígenas de Nicaragua.³⁴⁹ Es decir, el Estado cumple a cabalidad el estándar del reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

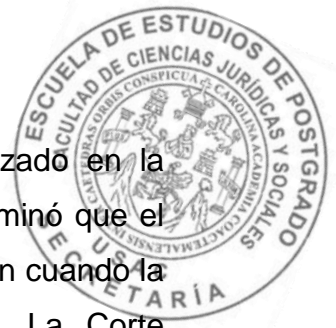
La Corte expresa que, del acervo probatorio, se desprende que el Estado, no obstante, tener una amplia y adecuada regulación de los derechos de las comunidades indígenas del país, no dispone de un procedimiento específico para la titulación de la tierra comunal. El Tribunal se apoya en la declaración de varios peritos que declararon que hay un desconocimiento general, una incertidumbre de qué debe hacerse y ante quién debe gestionarse una petición de demarcación y de titulación de tierras indígenas.³⁵⁰ La decisión de la Corte se ve reforzada por el hecho que desde 1990 no se han titulado tierras a comunidades indígenas.

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso Mayagna, evidencia que no basta que un Estado posea una regulación adecuada y suficiente en el texto constitucional y leyes ordinarias, que reconozca sustantivamente el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas. Además del aspecto sustantivo, debe el Estado adoptar las medidas procedimentales necesarias para hacer efectivo esos derechos. El fallo evidencia que Nicaragua, pese a contar con una de las legislaciones más avanzadas de Centroamérica en relación con reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, no contaba con ese procedimiento, para hacer efectivo el derecho de propiedad de las comunidades indígenas que carecen de título real de propiedad. Un procedimiento sencillo que haga factible la delimitación, la demarcación y la titulación de las tierras colectivas de propiedad indígena.

³⁴⁸ Ibid. Párrafos 119, 120 y 121, de la sentencia.

³⁴⁹ Ibid. Párrafo 122, de la sentencia.

³⁵⁰ Ibid. Párrafos 124 y 127 de la sentencia.



El derecho a la propiedad colectiva o comunal, fue profundizado en la sentencia del caso Saramaka, contra el Estado de Surinam. Se determinó que el derecho de propiedad colectiva, debe ser reconocido y garantizado, aun cuando la Constitución nacional del Estado no la reconozca expresamente. La Corte manifiesta que hay muchos Estados que tienen constituciones que no reconocen de manera explícita la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Pero en seguida agrega, que aun así, la obligación de hacer efectivo mediante legislación interna el derecho de propiedad comunal, no implica en forma necesaria un reconocimiento constitucional de ese derecho.³⁵¹

La obligación del Estado de hacer un reconocimiento real, no solamente formal o en abstracto, se ha reiterado, entre otros, en los casos de la comunidad garífuna Triunfo de la Cruz, contra Honduras y el caso Kaliña y Lokono, contra Surinam.

3.8.1.4.6 La falta de un recurso efectivo para hacer valer el derecho de propiedad colectiva, como parte de la protección judicial, viola plenamente el reconocimiento del derecho de propiedad

El Tribunal da por probado en la sentencia, que la comunidad Mayagna, realizó diversas gestiones, de manera infructuosa, ante varias autoridades nicaragüenses, para impedir que se avanzara en el otorgamiento de la concesión de la empresa SOLCARSA para la construcción de carreteras y la explotación de madera en las tierras que consideran son parte de su propiedad colectiva o comunal. Entre las gestiones que se acreditaron ante la Corte, está una solicitud de marzo de 1996, ante el Consejo de la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN), con el propósito de que se le aseguraran los derechos de propiedad sobre las tierras comunales ancestrales, de conformidad con la Constitución Política de Nicaragua y que el Consejo Regional impidiera el otorgamiento de

³⁵¹ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 28 de noviembre de 2007. Párrafo 107 de la sentencia.



concesiones para el aprovechamiento de los recursos naturales dentro de área, sin el consentimiento de la comunidad.³⁵²

Expresa el Tribunal que el artículo 25 de la Convención, está íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de esta, el que atribuye funciones de protección al sistema de derecho interno de los Estados partes, esto implica que existe la obligación por parte del Estado de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero asegurando además su debida aplicación por parte de las autoridades judiciales.³⁵³ Se determinó que Nicaragua no ha adoptado en el sistema de derecho interno medidas adecuadas para la efectiva delimitación, la demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y que además no se ciñe a un plazo razonable para la tramitación y resolución de los recursos de amparo interpuestos por la comunidad Mayagna, para hacer valer su derecho de propiedad.

La Corte por consiguiente, resuelve que el Estado debe adoptar en el sistema de derecho interno, como lo dispone el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de otro carácter, necesarias para establecer un mecanismo efectivo para la delimitación, la demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad Mayagna, que esté acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de la referida comunidad.³⁵⁴

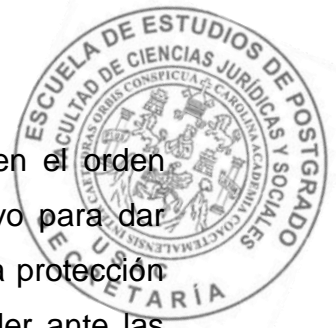
La Corte termina concluyendo que el Estado violó el derecho a la protección judicial, que está consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la comunidad Mayagna, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.³⁵⁵

³⁵² Sentencia Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. Párrafo 129 de la sentencia.

³⁵³ Ibid. Párrafo 135, de la sentencia.

³⁵⁴ Ibid. Párrafo 138, de la sentencia.

³⁵⁵ Ibid. Párrafos 139 y 1, de la parte Resolutiva de la sentencia.

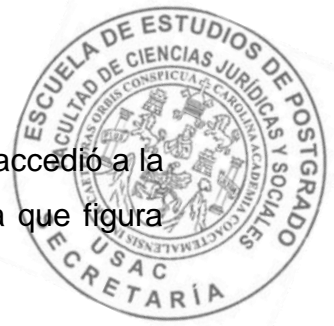


Por lo tanto, se establece como criterio jurisprudencial que, en el orden jurídico interno de los Estados, debe existir un procedimiento efectivo para dar certeza a la propiedad indígena comunal, como parte del derecho a la protección judicial. Solamente a través de un recurso eficaz se podrá hacer valer ante las autoridades administrativas o judiciales el derecho de propiedad colectiva o comunal. Esto en los términos del artículo 25 de la Convención Americana, que establece como derecho humano fundamental la protección judicial. Recurso que se evidenció no contaba el Estado de Nicaragua, porque el amparo demostró ser un recurso ineficaz. Esa protección judicial para hacer valer el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas es cuanto más necesaria, por ser los indígenas un sector tradicionalmente marginado y discriminado, un sector en desventaja, que ha sufrido el despojo de sus tierras por parte del Estado y de sectores privilegiados de la sociedad. Esta es una verdad que se repite en todos los Estados donde hay comunidades indígenas, como el caso de Guatemala, que no es una excepción a esta realidad.

La necesidad que el Estado establezca un procedimiento efectivo para la protección judicial del derecho de propiedad colectiva, fue reiterada en el caso Xákmok Kásek, contra el Estado de Paraguay.

3.8.1.4.7 Las concesiones a terceros son ilegales si no está delimitada la propiedad colectiva o comunal

El Tribunal además falla en relación con el artículo 21 de la Convención, que el Estado violó el derecho de uso y de goce de los bienes de la comunidad Mayagna. Esto fue el resultado de que el Estado no había delimitado y también demarcado la propiedad comunal. Además, se habían extendido concesiones a terceras personas jurídicas para la explotación de los bienes y los recursos que están ubicados, parcial o totalmente, en terrenos que corresponda delimitar, demarcar o titular a nombre de la comunidad. Por consiguiente, la Corte resolvió que la violación del artículo 21 de la Convención Americana, se da en conexión con los artículos 1.1, Obligación de Respetar los Derechos y 2, Obligación de



adoptar disposiciones de derecho interno.³⁵⁶ Como resultado la Corte accedió a la petición que hizo la Comisión de indemnizar a la comunidad indígena que figura como víctima en el caso por los perjuicios causados por el Estado.

Las concesiones a terceros por parte del Estado, para el uso o explotación de recursos que puedan estar ubicados en las tierras comunales, constituyen una violación al derecho de propiedad colectiva. Esto ocurre porque la comunidad no tiene la certidumbre o certeza de hasta donde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal, por lo que se desconoce hasta donde pueden usar y gozar libremente los bienes materiales comprendidos en el territorio.

La Corte, fundamentada en la falta de certeza de las dimensiones de la propiedad colectiva, prohíbe al Estado, sin antes delimitar y demarcar el territorio, hacer esta clase de concesiones a terceros. Manifiesta la Corte que el Estado se debe abstener de realizar actos que lleven a cabo sus agentes o terceros que actúan con su aquiescencia, que afecten el valor, uso o goce de los bienes comprendidos en la zona donde habitan o realizan sus actividades los miembros de la comunidad, mientras no se haya realizado la demarcación, delimitación y titulación de sus tierras.³⁵⁷ Se afecta a la comunidad indígena, porque esta tiene el derecho al uso y disfrute de los recursos que tradicionalmente ha utilizado, los que están consubstancialmente unidos a la propiedad del territorio. Esta es una de las razones por las cuales la falta de delimitación de la propiedad de los pueblos indígenas, que es una obligación que recae en los Estados, viola el derecho de propiedad colectiva.

3.8.2 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay

En 2005, nuevamente la Corte Interamericana, aborda el tema del derecho de propiedad colectiva, después de cuatro años de haber dictado la histórica

³⁵⁶ Sentencia Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. Párrafos 153 y 155 de la sentencia.

³⁵⁷ Ibid. Párrafo 153, de la sentencia.



sentencia del caso de la comunidad Mayagna. Caso que contiene nuevas aristas, que enriquecen el contenido del derecho de propiedad colectiva o comunal.

El 17 de marzo de 2003, la Comisión Interamericana, somete el caso de la comunidad indígena Yakye Axa contra el Estado de Paraguay, (En adelante comunidad Yakye Axa o simplemente la comunidad), originado de la denuncia número 12.313, de fecha 10 de enero del año 2000.³⁵⁸ La Corte dicta sentencia de fondo, reparaciones y costas, el 17 de junio de 2005.

3.8.2.1 Características de la Comunidad Yakye Axa

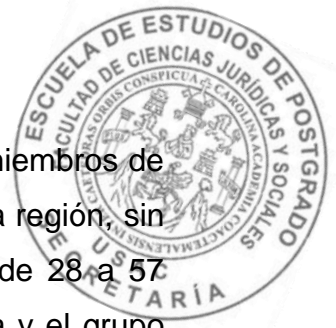
La comunidad Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua, está conformada por un aproximado de 300 personas, perteneciente a la región del Chaco paraguayo. El nombre Yakye Axa significa “Isla de Palmas”. Han ocupado ancestralmente la región del Chaco, pertenecen al grupo indígena del Pueblo Lengua Enxet Sur. Antes de la colonización de la región en los siglos XIX y XX, ocupaban la ribera occidental del río paraguayo, a setenta kilómetros tierra adentro del Chaco. Su economía se basa básicamente en la caza, la pesca y la recolección. Cultivan chacras y se dedican a la cría de ganado ovino, vacuno y caprino. Recorrieron su territorio, utilizando la naturaleza en forma estacional y en la medida que la tecnología cultural se los permitía, por lo que recorrían grandes extensiones de territorio, como sociedad tradicional de cazadores y recolectores.³⁵⁹

3.8.2.2 Hechos de la demanda

En el siglo XIX grandes extensiones de tierra de la región del Chaco fueron vendidas, adquiridas por empresarios británicos, quienes conformaron estancias ganaderas. Simultáneamente se fueron estableciendo misiones de la Iglesia Anglicana en la zona. Los indígenas que habitaban esas tierras, fueron empleados como mano de obra en las empresas ganaderas. Debido a las precarias

³⁵⁸ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 2, de la sentencia.

³⁵⁹ Ibid. Párrafos 50.1, 50.2 y 50.3, de la sentencia.



condiciones de vida que tenían en las fincas ganaderas, deciden los miembros de la comunidad Yakye Axa en 1986, trasladarse a otro lugar de la misma región, sin que su calidad de vida mejore. Desde el año 1996, un aproximada de 28 a 57 familias de la comunidad, están asentadas a la orilla de una carretera y el grupo restante permanecen en algunas aldeas de la zona.³⁶⁰

En 1993 inician trámites para reivindicar las tierras que ancestralmente constituía su hábitat tradicional. Los recursos presentados fueron infructuosos. La Comisión alega que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad y sus miembros. La imposibilidad de los miembros de la comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, ha implicado que continúen en un estado de vulnerabilidad alimenticia, con falta de atención médica adecuada y sanitaria, por lo que la supervivencia y la integridad de los miembros de la comunidad, está constantemente amenazada.³⁶¹

3.8.2.3 Violación de derechos reclamados

La demanda fue presentada por la violación en contra de la comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua, de los derechos establecidos en: artículo 4 (Derecho a la vida); artículo 8 (Garantías Judiciales); artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) y artículo 25 (Protección judicial), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones del derecho interno), todos de la Convención Americana.³⁶²

3.8.2.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de la Comunidad Yakye Axa

Entre los aspectos jurisprudenciales a destacar del caso de la comunidad Yakye Axa, que contribuyen a enriquecer los estándares internacionales en la región interamericana, para garantizar el derecho de propiedad colectiva o

³⁶⁰ Ibid. Párrafos 50.8, 50.10 y 50.11, de la sentencia.

³⁶¹ Ibid. Párrafos 2 y 50.16, de la sentencia.

³⁶² Ibid. Párrafo 2, de la sentencia.



comunal indígena y aspectos relacionados con ese derecho fundamental garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana, se pueden mencionar los siguientes.

3.8.2.4.1 El procedimiento de reivindicación de territorio o tierras ancestrales debe cumplir con el plazo razonable

En principio, diremos que el procedimiento para la reivindicación de tierras que las comunidades indígenas plantean ante las autoridades del Estado, debe cumplir, al igual que todo procedimiento para hacer efectivo derechos fundamentales establecidos por la Convención, con la razonabilidad del plazo para dar una respuesta a la solicitud. Es decir que las gestiones para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas en general y en especial del tema de propiedad colectiva que nos atañe en esta investigación, debe cumplir con la garantía del plazo razonable, como parte del debido proceso.

En el caso concreto de la comunidad Yakye Axa, la Corte determina que el Estado de Paraguay no cumplió con la garantía del plazo razonable en el procedimiento de reivindicación de tierras que planteó la comunidad. Según se desprende de los hechos probados, para el reconocimiento de líderes de la comunidad, el procedimiento demoró 3 años, 1 mes y 3 días. Para el reconocimiento de la personería jurídica de la comunidad, 3 años, 6 meses y 19 días. Mientras que el procedimiento de reivindicación de tierras, que inició en 1993, el cual aún no tenía una solución al dictar la sentencia la Corte Interamericana el 17 de junio de 2005, llevaba 11 años, 8 meses y 12 días en trámite.³⁶³ Es menester tener presente el estándar establecido por la Corte para determinar el cumplimiento del plazo razonable dentro de un proceso, se deben analizar la concurrencia de tres elementos, que son la complejidad del asunto; la

³⁶³ Ibid. Párrafos 66, 69 y 85, de la sentencia.



actividad procesal de los interesados; y la conducta de las autoridades del Estado.³⁶⁴

La Corte reiteradamente en los fallos dictados en los que ha analizado el tema del plazo razonable, siempre ha considerado que el Estado puede desvirtuar la falta de razonabilidad del plazo, demostrando la complejidad del asunto o acreditando la conducta de las partes. En el presente caso, el Tribunal reconoce que el caso de la comunidad Yakyé Axa es complejo, pero advierte que las demoras no se produjeron por la complejidad del caso, sino por las actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales.³⁶⁵

La jurisprudencia relativa al plazo razonable para la reivindicación de territorios tradicionales, de comunidades indígenas y tribales, ha sido reiterada por la Corte en los fallos de las comunidades indígenas Sawhoyamaxa y Xákmok, también tramitados contra el Estado de Paraguay.

Finalmente, por las razones expuestas, la Corte en su fallo llega a la conclusión, que una demora prolongada, constituye en principio y por sí misma, un violación de las garantías judiciales, porque las actuaciones de las autoridades del Estado no han sido compatibles con la exigencia del principio del plazo razonable, en el procedimiento de reivindicación de tierras, en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.³⁶⁶

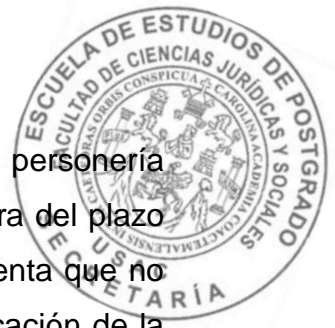
3.8.2.4.2 El reconocimiento de la personería jurídica, no es requisito indispensable para el reclamo de tierras ancestrales

La comunidad Yakyé Axa, por medio de uno de sus líderes, inició los trámites ante el Instituto Paraguayo del Indígena, el 21 de mayo de 1998, para el reconocimiento de la personería jurídica. Después de más de tres años y medio, el

³⁶⁴ Ibid. Párrafo 65, de la sentencia.

³⁶⁵ Ibid. Párrafo 88, de la sentencia.

³⁶⁶ Ibid. Párrafos 66 y 104, de la sentencia.



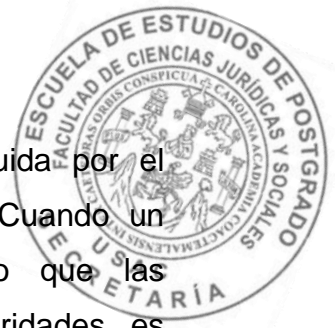
presidente de la República por medio del Decreto 15.628, reconoce la personería jurídica de la comunidad. Cuando la Corte aborda el tema de la demora del plazo razonable en el proceso de reivindicación de tierras, el Estado argumenta que no existe una demora en el trámite de más de diez años para la reivindicación de la tierra colectiva, porque aunque la comunidad alega inició el trámite en 1993, la personería jurídica se otorgó hasta el 10 de diciembre de 2001, siendo que esta condición es la que da derecho a las reclamaciones como pueblo indígena, porque la propiedad indígena es de carácter comunitario, y no individual.³⁶⁷

La Corte Interamericana razona que el otorgamiento de personería jurídica, únicamente es el medio para hacer operativos derechos de las comunidades indígenas que han venido ejerciendo en forma histórica y que no, como lo aduce el Estado equivocadamente, a partir del surgimiento como personas jurídicas. Entre los derechos que señala la Corte, ejercen las comunidades históricamente, están la organización política, económica, cultural, social y religiosa de las comunidades, además de la elección de sus líderes y el derecho de reclamar las tierras tradicionales. Todos estos derechos, de acuerdo con la fundamentación de la sentencia, son reconocidos no a las personas jurídicas, las cuales son producto de una inscripción para cumplir un requisito formal, sino que se reconocen a la comunidad en sí misma, que en el caso de la comunidad reclamante, la propia Constitución del Estado de Paraguay, reconoce como preexistente al Estado.³⁶⁸

El contenido de la sentencia bajo análisis, permite concluir que los pueblos o comunidades indígenas, existen como sujetos de derecho, por constituir una comunidad, en muchos casos, antes de la aparición de los Estados latinoamericanos. Como conglomerado de personas, que pertenecen a un territorio y este pertenece a ellos, tienen una cosmovisión propia, prácticas tradicionales de carácter jurídico (consuetudinario), social, económica y cultural. En cuyos territorios han vivido sus antepasados, constituye la base de su sobrevivencia, pues viven de los recursos que obtienen de la tierra y necesitan

³⁶⁷ Ibid. Párrafo 54.i, de la sentencia.

³⁶⁸ Ibid. Párrafo 82, de la sentencia.



heredar a las futuras generaciones esa herencia material constituida por el territorio y la herencia inmaterial, que conforma su cosmovisión. Cuando un Estado, como ocurre con Paraguay, establece como requisito que las comunidades indígenas obtengan la personería jurídica de las autoridades, es solamente para hacer viable formalmente la adjudicación de las tierras, porque constituye parte de los requisitos establecidos por el Estado. Pero los derechos de la comunidad y su existencia misma son preexistentes al reconocimiento de la personería jurídica, precisamente esos son los fundamentos que acreditan la propiedad colectiva del territorio, según entendemos de la jurisprudencia de la Corte.

3.8.2.4.3 Las contradicciones reales o aparentes, entre la propiedad indígena y la propiedad privada particular, hacen viable la aplicación de restricciones a la propiedad particular

Se indicó anteriormente, que el reclamo del territorio ancestral de la comunidad Yakye Axa, está en manos de personas particulares, bajo el estatus de propiedad privada particular. Cuando existe esa contradicción, ya sea real o aparente entre la propiedad indígena y la propiedad privada particular, es importante saber, cómo se debe proceder, según el último interprete de la Convención Americana.

El Estado paraguayo alega que la comunidad reclamante, no tiene la propiedad y tampoco la posesión de la tierra reclamada. Señala que la petición reivindicativa se fundamenta en un derecho ancestral de sus antepasados, fundamentado únicamente en un estudio antropológico. Aducen que el derecho interno de Paraguay no contempla la forma de adquirir el derecho de propiedad particular con solo justificar que alguna vez los antepasados de una comunidad indígena ocuparon el territorio.³⁶⁹

³⁶⁹ Ibid. Párrafo 122, a y b, de la sentencia.



La Corte establece fundadamente que, en caso de existir esa contradicción aparente o real, entre la propiedad indígena y la propiedad privada particular, la Convención y la jurisprudencia derivada de su interpretación, establece las pautas para la eventual aplicación de restricciones admisibles para el goce y ejercicio de los derechos, cuyos elementos a considerar son: Que las restricciones deben estar establecidas en ley. La necesidad y proporcionalidad de estas. Además, deben tener como fin alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática.³⁷⁰

Las restricciones a las que hace referencia la Corte, son las establecidas en el artículo 21 de la Convención. Establece el referido artículo la legitimidad de privar a una persona de sus bienes, mediante el pago de una justa indemnización. Esa privación, debe ser por razones de utilidad pública o de interés social. A este requisito se deben agregar las pautas establecidas por la Corte en su jurisprudencia: El principio de legalidad (estar establecidas en ley). La necesidad y proporcionalidad y el objetivo legítimo que debe perseguirse dentro de una sociedad democrática con la aplicación de las restricciones.

En el caso concreto, la Corte en el apartado de reparaciones, falló que el Estado debe identificar el territorio tradicional de la comunidad Yakye Axa y entregárselo en forma gratuita, en un plazo máximo de tres años. Además, resuelve que en caso de que su territorio tradicional esté en manos de particulares, debe el Estado valorar la legalidad, además de la necesidad y proporcionalidad de expropiar o no esas tierras. En todo caso, el Tribunal dispone que obligadamente el Estado debe tomar en consideración las particularidades de la comunidad, además de sus valores, costumbres, usos y su derecho consuetudinario. Agrega que si por motivos objetivos y debidamente fundamentados, no es posible la reivindicación del territorio ancestral, el Estado debe entregarles tierras alternativas, las que serán electas en forma consensuada con la comunidad, de acuerdo con las formas de consulta de esta, sus valores,

³⁷⁰ Ibid. Párrafo 144, de la sentencia.



costumbres y usos. Además, la extensión de la tierra debe ser suficiente para garantizar, tanto el mantenimiento, como el desarrollo de la comunidad, según su forma tradicional de vida.³⁷¹

El Tribunal hace algunas consideraciones de por qué, se deben tomar en cuenta, tanto en la ponderación de la posible expropiación, como en el caso de la entrega de tierras alternativas, la importancia del territorio ancestral. Como este se encuentra marcado en forma indeleble en la memoria histórica de la comunidad, por lo que la relación con la tierra es de una importancia tal que su desvinculación implica el riesgo cierto de una pérdida cultural y étnica de carácter irreparable, lo que implica una pérdida para la diversidad.³⁷²

Por otra parte, la Corte dispone que de ser necesario, el Estado debe crear un fondo que esté destinado en forma exclusiva a la adquisición de tierras para ser entregadas a la comunidad reclamante, en un plazo de un año máximo, el que deberá utilizarse para la compra de la tierra tradicional a los propietarios actuales o para el pago de la justa indemnización en caso de expropiación, según corresponda.³⁷³

Se puede apreciar lo interesante que es la jurisprudencia asentada por la Corte Interamericana. El Tribunal no puede ordenar directamente al Estado expropiar, comprar la tierra a los propietarios actuales del territorio tradicional o bien comprar y entregar tierras alternativas. No puede, porque esas opciones son potestad del Estado, dentro del principio del margen de apreciación que le corresponde hacer en el derecho interno. Pero no es una facultad discrecional. El Estado debe valorar todas las opciones. Es lógico que empiece por sopesar la posibilidad de comprar la tierra a los propietarios actuales. Seguidamente ante una negativa de venta, se debe sopesar la posibilidad de expropiación, porque la principal reparación que contempla el sistema interamericano de derechos

³⁷¹ Ibid. Párrafo 207, de la sentencia.

³⁷² Ibid. Párrafo 206, de la sentencia.

³⁷³ Ibid. Párrafo 218, de la sentencia.



humanos es el restablecimiento del derecho a la situación anterior a la violación (*restitutio in integrum*). Reparación que además no excluye la reparación del daño ocasionado por la violación: daños materiales y/o morales.

Por esa razón en el caso de reclamo de tierras indígenas en manos de particulares, una vez agotada la posibilidad de compra, la siguiente opción que sopesa el Estado es la posibilidad de expropiar la tierra para ser entregada a la comunidad indígena. La Corte señala que la restricción que se haga de la propiedad privada, entendiéndose expropiación, puede ser necesaria para lograr el objetivo de preservación de las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista. Restricción que debe ser proporcional con el pago de una indemnización justa a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención Americana.³⁷⁴

El tema de la expropiación de tierras para ser entregadas a las comunidades indígenas, por constituir su territorio ancestral, fue profundizado en el caso de la comunidad Sawhoyomaxa Vs. Paraguay. El Estado paraguayo alegó que la falta de concreción de la expropiación en favor de la comunidad demandante, era porque: 1. Las tierras que eran objeto de reclamación fueron trasladadas de propietario en propietario desde hace mucho tiempo y estaban inscritas debidamente. 2. Las tierras estaban siendo explotadas debidamente. El propietario de las tierras se encontraba amparado por un tratado entre Paraguay y la República de Alemania.³⁷⁵

La Corte indica al Estado que no está dentro de sus facultades decidir que el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena está por encima de la propiedad privada o viceversa, porque la Corte Interamericana no es un tribunal de derecho interno, para dirimir controversias entre los particulares. Pero señala el Tribunal que tiene la competencia de analizar si el Estado garantizó debidamente

³⁷⁴ Ibid. Párrafo 148, de la sentencia.

³⁷⁵ Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyomaxa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 137 de la sentencia.



los derechos humanos de la comunidad Sawhoyomaxa.³⁷⁶ Seguidamente la Corte analiza uno a uno los argumentos del Estado para justificar la no expropiación de los territorios en manos de particulares.

Expresa la Corte que el mero hecho que las tierras que son objeto de reclamación tengan propietario particular, no puede constituir *per se* un motivo objetivo y fundamentado, para denegar *prima facie* la solicitud de la comunidad indígena. Sí fuera de esta manera el derecho a la reclamación carecería de sentido, y no conllevaría una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, ya que el Estado y la comunidad indígena únicamente tendrían que limitarse a esperar la voluntad de los actuales tenedores, lo que forzaría a los indígenas a aceptar tierras alternativas.³⁷⁷ Seguidamente la Corte insiste en los aspectos que se deben considerar obligadamente cuando existe conflicto aparente o real entre los dos tipos de propiedad, ante lo cual se debe valorar la legalidad, proporcionalidad, necesidad y el alcance de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, (utilidad pública y el interés social) para restringir la propiedad privada por una parte o el derecho del territorio tradicional por el otro.

En cuanto a la idea que prevalece de que las comunidades indígenas no pueden reclamar tierras cuando estén siendo explotadas y en plena producción, la Corte expresa que se debe aplicar el mismo *test* para determinar si procede la restricción al derecho de propiedad particular o el de la comunidad indígena, porque la cuestión indígena no se puede ver únicamente a través de la productividad de la tierra y de la existencia de un régimen agrario, porque esto resulta insuficiente a las peculiaridades propias de los pueblos en referencia.³⁷⁸

Por último, la Corte considera el tercer argumento de Paraguay, señalando que la aplicación de acuerdos comerciales de carácter bilateral no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones del Estado que emanan de sus obligaciones

³⁷⁶ Ibid. Párrafo 136, de la sentencia.

³⁷⁷ Ibid. Párrafo 138, de la sentencia.

³⁷⁸ Ibid. Párrafo 139, de la sentencia.



como Estado parte de la Convención Americana. Acota el Tribunal que los tratados bilaterales deben ser compatibles con la Convención como tratado multilateral de derechos humanos, que está dotado de especificidad propia, la que genera derecho en favor de los individuos y que no depende por entero de la reciprocidad de los Estados.³⁷⁹ La amplia motivación de la Corte en cuanto al tema de la expropiación para reivindicar propiedad colectiva indígena, permite visualizar que la Convención protege por igual la propiedad colectiva y la propiedad privada individual, pero cuando entran en contradicción, debe prevalecer la que más merezca la protección, de acuerdo con la necesidad de preservar y garantizar derechos fundamentales. Sabemos que entre los derechos humanos no hay preeminencia, pero en la práctica, cuando colisionan, uno debe prevalecer sobre el otro. Las características del caso concreto, determinan qué derecho merece ser protegido.

Cuando es que se aplican las otras opciones, como es el caso de la entrega de tierras alternativas o el pago de una compensación. Cuando la expropiación no es factible, después de haber superado el *test* que ha diseñado la Corte. Por esa razón el Tribunal aclara en el fallo del caso de la comunidad Yakye Axa, que la apreciación que se haga de la necesidad de preservar las identidades culturales, no significa que siempre, cuando estén en conflicto los intereses particulares o los estatales, con los intereses territoriales de las comunidades indígenas, deban prevalecer los intereses de estas últimas por sobre la propiedad privada particular. Es posible que existan razones de peso para no expropiar. Agrega el Tribunal que cuando el Estado se vea imposibilitado por razones justificadas y concretas, de devolver el territorio tradicional, la compensación que se entregue debe ir orientada principalmente en el significado que la tierra tiene para la comunidad.³⁸⁰ La Convención protege por igual ambas clases de propiedad, la colectiva y la particular, por esa razón es que *per se*, no se puede hacer prevalecer una a costa de la otra. Pero es obligado hacer las apreciaciones, en forma fundada, en el

³⁷⁹ Ibid. Párrafo 140, de la sentencia.

³⁸⁰ Sentencia del caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 149 de la sentencia.



sentido que la Corte señala, para que la decisión no sea arbitraria y se deniegue injustamente el legítimo ejercicio del derecho de reivindicación de la tierra comunal.

Por otra parte, la sentencia de la comunidad Sawhoyomaxa, indica que el Estado no puede apreciar como una condición limitante para la expropiación, el hecho que la propiedad privada esté siendo explotada racionalmente.³⁸¹ Esto porque se debe apreciar tanto la circunstancia que las tierras están siendo explotadas, como la importancia que estas tienen para la comunidad reclamante, de acuerdo con la cosmovisión de la comunidad, para determinar que opción, la expropiación o no, cumple con el requisito de ser un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Ya una vez tomada la decisión por el Estado, la Corte si tuviera competencia para determinar si la decisión del Estado es la más correcta o no, lo que a nuestro parecer puede hacer durante la fase de supervisión del cumplimiento de la sentencia.

3.8.3 Caso Comunidad Indígena Sawhoyomaxa Vs. Paraguay

En 2006, la Corte Interamericana, nuevamente dicta sentencia en un caso de comunidades indígenas que exigen la reivindicación de su territorio ancestral, contra el Estado de Paraguay. Es el caso de la comunidad indígena Sawhoyomaxa (En adelante comunidad Sawhoyomaxa o simplemente la comunidad), originado en sentencia de fondo, reparaciones y costas de fecha 29 de marzo de 2006. El caso fue presentado a la Corte por la Comisión Interamericana el 3 de febrero de 2005, derivado de la denuncia número 0322/2001, entregada en la Secretaría de la Comisión el 15 de mayo de 2001.³⁸² Al margen de las similitudes que el caso tiene con el reclamo de la comunidad Yakye Axa, este caso también hace aportes significativos a nivel jurisprudencial, que muestran cómo evolucionan los criterios de la Corte como máximo y último

³⁸¹ Sentencia del caso de la Comunidad Indígena Sawhoyomaxa, Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 18 de la sentencia.

³⁸² Ibid. Párrafo 1, de la sentencia.



intérprete de la Convención Americana, en la protección y garantía del derecho de propiedad indígena o comunal.

3.8.3.1 Características de la Comunidad Sawhoyomaxa

La comunidad Sawhoyomaxa, cuyo nombre significa del lugar donde se acabaron los cocos, constituyen una expresión de las comunidades indígenas que han ocupado el Chaco en la República de Paraguay. La comunidad pertenece al pueblo Enxet Sur y Enhelt Norte, de la familia lingüística Lengua-Maskoy. Su economía se basaba en la recolección, la caza y la pesca, por lo que recorrían su territorio para explotar la naturaleza, por lo que ocupaban un área muy grande de sus tierras.³⁸³

3.8.3.2 Violación de derechos reclamados

La Comisión alega en la demanda, fundamentada en el artículo 61 de la Convención Americana, que la Corte debe decidir si Paraguay violó los artículos 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 21 (Derecho a la propiedad privada), 8 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana.³⁸⁴

3.8.3.3 Hechos de la demanda

La comunidad Sawhoyomaxa del Pueblo Enxet-Lengua (para fines prácticos en adelante la comunidad Sawhoyomaxa o la comunidad) es un pueblo indígena del Chaco paraguayo. Los hechos de la demanda ante la Corte Interamericana, son los siguientes, según se desprende de lo probado en la sentencia.

³⁸³ Ibid. Párrafo 73.2 y 73.5, de la sentencia.

³⁸⁴ Ibid. Párrafo 2, de la sentencia.



A finales del siglo XIX, las tierras que pertenecían a la comunidad, incluyendo otras grandes extensiones de otras comunidades indígenas, fueron vendidas en la bolsa de valores de Londres a empresarios británicos, como consecuencia de la deuda de Paraguay, resultado de la guerra de la Triple Alianza. En la actualidad, estas tierras son fincas de dos empresas privadas. El Estado vendió esas tierras desconociendo los derechos de la población indígena que las habitaba. La comunidad indígena reclamante se dedicaba a la caza, la recolección y la pesca, para lo cual recorrían sus tierras utilizando los recursos de la naturaleza, según las estaciones del año y de acuerdo con su tecnología cultural, por lo que recorrían grandes extensiones de territorio.³⁸⁵

Las estancias privadas que se fueron estableciendo en la zona, ocuparon la mano de obra de los indígenas, pasando a ser empleados y peones asalariados. Siguió ocupando sus tierras tradicionales, pero las actividades de la economía de mercado, hizo que se restringiera su movilidad, llegando a una situación de sedentarización. Se produjo un cambio significativo en las prácticas de vida de la comunidad, quienes dependían cada vez más del trabajo asalariado, pero aprovechaban la residencia temporal en un lugar para seguir practicando las actividades de caza, pesca y recolección. En 1991 la comunidad inicia el proceso de reivindicación de sus tierras, pero debieron salirse de las estancias en las que trabajaban, debido a las presiones que sufrieron de los propietarios actuales de la tierra, como consecuencia de la demanda y se instalaron frente a la alambrada de la propiedad en proceso de reivindicación, a un costado de la ruta o carretera.³⁸⁶

Desde 1991, la comunidad se ha visto imposibilitada de ocupar sus tierras tradicionales, por lo que la Comisión alegó que el Estado no garantiza el derecho de propiedad de la comunidad y sus miembros, porque el proceso de reivindicación no se ha resuelto satisfactoriamente, pese a las gestiones y recursos judiciales, manteniéndose los miembros de la comunidad en una

³⁸⁵ Ibid. Párrafos 73.1 y 73.2, de la sentencia.

³⁸⁶ Ibid. Párrafos 73.3, 73.4 y 73.6, de la sentencia.

situación de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza continuamente su supervivencia y su integridad.



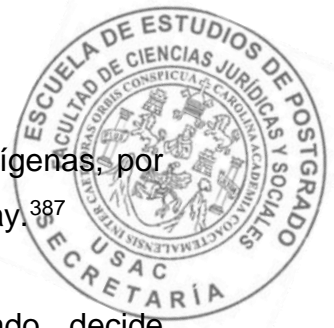
3.8.3.4 Criterios jurisprudenciales del caso de la Comunidad Sawhoyomaxa

Como veremos en el presente caso de la comunidad Sawhoyomaxa, la Corte profundizó en el tema del derecho de reivindicación de tierras tradicionales, cuando la comunidad reclamante no tiene la posesión de las tierras ancestrales reclamadas.

3.8.3.4.1 La falta de posesión de la tierra tradicional indígena, no es un elemento determinante para impedir la reivindicación, bajo ciertas circunstancias

Para entrar a conocer los criterios jurisprudenciales más importantes del presente caso, es menester tener presente que en el caso de la comunidad Mayagna, contra Nicaragua, la Corte determinó que la posición de la tierra tradicional por parte de una comunidad indígena, tiene los mismos efectos legales que un título de propiedad extendido por el Estado.

El Estado de Paraguay señaló ante la Corte que no niega sus obligaciones de restituir derechos a la comunidad reclamante y a muchas más que se encuentran en la misma situación en la región del Gran Chaco. Pero alega que la comunidad Sawhoyomaxa en el caso concreto, no tiene más título que un informe antropológico que, aunque es muy atendible, este colisiona con un título de propiedad que ha estado inscrito y que se ha venido trasladando de propietario en propietario desde hace mucho tiempo. De proceder el reclamo de la comunidad, Paraguay aduce que estaría siendo condenado por pecados que se cometieron durante la Conquista, por lo que se podría llegar a la situación absurda de que



todo el país sería susceptible de ser reivindicado por los pueblos indígenas, por ser los primitivos habitantes de todo el territorio que hoy ocupa Paraguay.³⁸⁷

El Tribunal, en virtud de las razones alegadas por el Estado, decide examinar si la posesión de las tierras por las comunidades indígenas es requisito para hacer viable el reconocimiento oficial de la propiedad a su favor.³⁸⁸ Para el efecto la Corte trae a colación varios principios que ha establecido, siendo estos:

1. Que la posesión tradicional indígena sobre las tierras tiene un efecto que es equivalente al título de propiedad o dominio que otorga el Estado;
2. La posesión tradicional otorga a la comunidad indígena el derecho de exigir por parte del Estado el reconocimiento oficial de la propiedad y el respectivo registro;
3. Los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de las tierras ancestrales, mantienen el derecho de propiedad sobre esas tierras, aún si falta título buena fe; y
4. Las comunidades indígenas que en forma involuntaria han perdido la posesión de las tierras tradicionales, las cuales han sido trasladadas en forma legítima a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperar estas o bien a obtener otras tierras de igual extensión y de igual calidad.³⁸⁹ La Corte determinó que el caso de la comunidad Sawhoyomaxa, se ubica en el último supuesto.

La Corte entra a analizar la legislación paraguaya y encuentra que la Ley número 904/81 (Ley del Estatuto de Comunidades Indígenas), que consagra un procedimiento para la reivindicación de tierras que son de dominio privado en favor de comunidades indígenas. En efecto, el artículo 24 de la referida ley, establece que la solicitud de tierras del dominio privado para el asentamiento de comunidades indígenas será realizada por la misma comunidad o por cualquier miembro indígena o persona indigenista con personería jurídica de manera directa al I.B.R (Instituto de Bienestar Rural) o por medio del INDI (Instituto Paraguayo del

³⁸⁷ Ibid. Párrafo 125, de la sentencia.

³⁸⁸ Ibid. Párrafo 126, de la sentencia.

³⁸⁹ Ibid. Párrafo 128, de la sentencia.



Indígena).³⁹⁰ Por esa razón la Corte falla que conforme a la legislación paraguaya, la comunidad reclamante tiene derecho a solicitar que se le devuelva sus tierras tradicionales, aunque se encuentren en manos particulares o privadas, y no tengan la posesión de las referidas tierras.³⁹¹

Es importante advertir que, de los principios establecidos por la Corte, en cuanto a la incidencia de la posesión o no de la tierra, por parte de las comunidades indígenas para reivindicarlas de manos de terceros, particulares o del propio Estado, el elemento determinante en el caso concreto bajo análisis es la circunstancia que la comunidad indígena, perdió la posesión de la tierra en forma involuntaria, lo que deja a salvo el derecho de reclamar su devolución. Es importante concluir que distinto sería si la comunidad reclamante en forma voluntaria traslada la propiedad a terceros, entonces perdería el derecho de reclamar su devolución.

La jurisprudencia que establece que la falta de posesión de la tierra por la comunidad indígena, no es un elemento determinante para reclamar la reivindicación de esta, mientras persista el vínculo especial con el territorio y su relación con la tierra ancestral sea posible, se repite en los casos Xákmok Kásek, contra Surinam y en el caso de la comunidad garífuna Triunfo de la Cruz, tramitado contra Honduras.

3.8.3.4.2 Limitación temporal del derecho de recuperación de tierras tradicionales cuya posesión se ha perdido

La Corte Interamericana, dada la circunstancia que la comunidad Sawhoyomaxa carecía de la posesión de la tierra que reclamaba al Estado de Paraguay, la que se encontraba en manos de terceros, seguidamente de analizar que la posesión no es un requisito para exigir al Estado la devolución de las tierras ancestrales, estableciendo para ello los cuatro principios de los cuales ya hicimos

³⁹⁰ Ibid. Párrafo 129, de la sentencia.

³⁹¹ Ibid. Párrafo 130, de la sentencia.



referencia, considera necesario valorar si el derecho de reclamar la devolución del territorio tradicional está sujeto a límite en el tiempo. Es importante traer a la memoria que Paraguay alegó que, de proceder un reclamo en tales circunstancias, todo el territorio de Paraguay estaría sujeto a la reivindicación de las comunidades indígenas, dado que fueron los ocupantes originarios de todo el territorio del Estado antes de la Conquista.

La Corte razona que de los hechos probados se desprende, que los miembros de la comunidad reclamante, a pesar de que perdieron la posesión de la tierra que reclaman y que tienen prohibido ingresar a las referidas tierras que están en proceso de reivindicación, estos continúan realizando sus actividades tradicionales en ellas y consideran esas tierras como propias. La Corte llega a esa conclusión valorando positivamente algunas de las declaraciones de miembros de la comunidad, quienes manifestaron, entre otros muchos aspectos de su forma tradicional de vida, que sienten una identificación plena con las tierras que solicitan, porque en ellas cazaban sus ancestros, las que todavía tienen monte y recursos como agua, que son importantes para vivir y tienen significado, porque antes eran suyas y ahí están enterrados muchos de sus antepasados.³⁹²

El Tribunal, en sus consideraciones en cuanto al punto si el derecho de recuperación de sus tierras tradicionales permanece en forma indefinida en el tiempo, para resolverlo señala que toma en cuenta que la base espiritual, como la base material de la identidad de los pueblos indígenas se basa o sustenta principalmente en la relación única con las tierras tradicionales. De tal manera que mientras permanezca esa relación, el derecho de reivindicar las tierras permanecerá vigente y en caso contrario el derecho se extinguirá.³⁹³

Además, la Corte manifiesta que la relación de las comunidades indígenas con las tierras cuya posesión han perdido en forma involuntaria, se puede manifestar de distintas formas, de acuerdo con el pueblo indígena de que se trate

³⁹² Ibid. Párrafo 133, de la sentencia.

³⁹³ Ibid. Párrafo 131, de la sentencia.



y las especiales circunstancias en que se encuentre. El tribunal aporta unos ejemplos: Que permanezca el uso o presencia tradicional, que puede ser por medio de lazos espirituales o ceremoniales; cultivos o asentamientos esporádicos en las tierras; practicar la caza, la pesca o recolectar en forma estacional o nómada los productos de la tierra; el uso de productos naturales que estén ligados a las costumbres de la comunidad y por cualquier otro elemento característico de la cultura de la comunidad de que se trate.³⁹⁴

Entendemos al analizar los argumentos de la Corte, que el primer fundamento de la temporalidad para reclamar la tierra que no se posee es que la relación con esta se manifieste a través de actividades concretas, reales y que se puedan percibir. Lógicamente no puede existir una enumeración *clausus* de estas, porque las prácticas tradicionales varían dependiendo del pueblo y como lo dice la Corte, de las especiales circunstancias en que se encuentra.

Existe otro elemento más a considerar, que permite determinar que el derecho de reclamar la devolución de tierras tradicionales continúa vigente. Este es, que la relación de la comunidad con la tierra debe ser posible. El Tribunal en lugar de explicar este elemento, se limita a dar unos ejemplos. Señala que en el caso de la comunidad reclamante, la relación con la tierra se expresa, *inter alia*, en actividades tradicionales como la pesca, la caza y recolección y si los miembros de la comunidad realizan ninguna o pocas de estas actividades tradicionales en las tierras solicitadas, porque se han visto impedidos de hacerlas por causas que son ajenas a su voluntad. Se deduce de lo expresado por la Corte, que esas causas son un obstáculo real para mantener la relación con la tierra, como puede ser violencia o amenazas, por lo que se debe entender que el derecho de recuperar esas tierras persiste en tanto no desaparezcan esos impedimentos. Arribando, por ello, la Corte, a la conclusión de que el derecho que asiste a los

³⁹⁴ Ibid. Párrafo 131, de la sentencia.



miembros de la comunidad Sawhoyomaxa de recuperar sus tierras no ha caducado.³⁹⁵

3.8.4 Caso comunidad Moiwana Vs. Suriname

La demanda fue presentada en favor de la comunidad Moiwana Vs. Suriname, (En adelante comunidad Moiwana o simplemente la comunidad) por la Comisión Interamericana, el 20 de diciembre del año 2002. Se originó de la denuncia número 11.821, presentada en la Secretaría de la Comisión el 27 de junio del año 1997. La sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas es de fecha 15 de junio de 2005.³⁹⁶

3.8.4.1 Características de la Comunidad Moiwana

Es el primer caso por violación del derecho de propiedad colectiva en favor de una comunidad tribal, no indígena. En la sentencia la Corte relata, que los ancestros de la comunidad reclamante, arribaron a Suriname en el siglo XVII, por medio de la colonización europea, que llevaron en forma forzada a numerosas personas originarias de África, quienes fueron obligados a trabajar como esclavos en las plantaciones. Muchas de esas personas escaparon a bosques lluviosos, establecieron comunidades nuevas, en la parte norte de Suriname y fueron conocidos como Bush Negroes o Maroons. Posteriormente surgen seis grupos diferentes, uno de ellos conocido como N'djuka.³⁹⁷

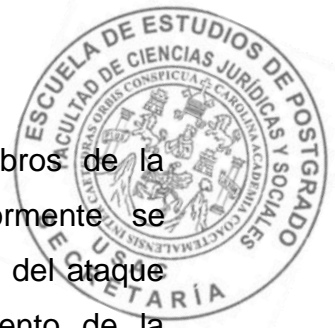
3.8.4.2 Hechos de la demanda

De acuerdo con los hechos tenidos como probados por la Corte, la aldea Moiwana, fue fundada a finales del siglo XIX por clanes N'djuka. No es una comunidad indígena, sino un pueblo tribal. El 29 de noviembre de 1986, atacaron la comunidad las fuerzas armadas de Suriname. La comunidad fue arrasada,

³⁹⁵ Ibid. Párrafos 132 y 134, de la sentencia.

³⁹⁶ Sentencia del caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Op. cit. Párrafo 1de la sentencia.

³⁹⁷ Ibid. Párrafo 86.1, de la sentencia.



masacrando a más de 40 mujeres, niños y hombres. Los miembros de la comunidad que escaparon huyeron a los bosques y posteriormente se desplazaron internamente y otros optaron por el exilio. Hasta la fecha del ataque vivieron con apego absoluto a las costumbres N'djuka. Al momento de la presentación de la demanda, no se había investigado ni juzgado los hechos por parte del Estado y los miembros de la comunidad permanecen desplazados de sus tierras, por lo que debido a esa circunstancia son incapaces de retomar su estilo de vida ancestral o tradicional.³⁹⁸

3.8.4.3 Violación de derechos reclamados

La Comisión solicita a la Corte decida si el Estado de Suriname, violó los derechos de la Convención Americana contenidos en el artículo 25 (Protección Judicial), artículo 8 (Garantías Judiciales) y artículo 1.1 (Obligación de respetar los Derechos).³⁹⁹

3.8.4.4 Aspectos jurisprudenciales del caso Moiwana

3.8.4.4.1 La jurisprudencia relacionada con las comunidades indígenas, relativa al derecho comunal a la propiedad, debe aplicarse a los pueblos tribales que también tienen una relación especial con la tierra

La Corte profundiza en la relación de la comunidad reclamante con el territorio que ocuparon sus ancestros, del cual se vieron obligados a desplazarse. Determina que, de acuerdo con lo manifestado por el perito Thomas Polimé, la naturaleza de la relación de la comunidad con la tierra, al igual que otros pueblos tribales e indígenas de la región es una relación profunda y omnicompreensiva con el territorio de sus antepasados. Están intrínsecamente ligados a la tierra y a los sitios sagrados que se encuentran en ella. El desplazamiento forzado ha cortado los lazos fundamentales de su relación con el territorio. La imposibilidad de continuar la relación con las tierras ancestrales y los sitios sagrados les ha privado

³⁹⁸ Ibid. Párrafo 3 y 132, de la sentencia.

³⁹⁹ Ibid. Párrafo 2, de la sentencia.



de un aspecto que es fundamental en su identidad y del sentido que poseen de bienestar. Sin la relación con la tierra y sitios sagrados, los miembros de la comunidad son incapaces de practicar y disfrutar de sus tradiciones religiosas y culturales, en detrimento de la seguridad colectiva y personal.⁴⁰⁰

Por otra parte, el Tribunal determina que el concepto de propiedad de la comunidad Miowana, no se centra en el individuo, sino que en la comunidad como un todo. Por lo que los miembros de la comunidad pueden ser considerados como los legítimos dueños de sus tierras tradicionales, por lo que les corresponde el uso y pleno goce de estas. La Corte falla que se violó el derecho de los miembros de la comunidad al uso y disfrute de la propiedad comunal tradicional, en violación al artículo 21 de la Convención, relacionado con el artículo 1.1 del mismo tratado.⁴⁰¹

El Tribunal llega a la conclusión de que la comunidad de Moiwana es la legítima propietaria de las tierras ancestrales, no obstante, esta no tiene un título legal o formal ni individual ni colectivamente, sobre las tierras ancestrales reclamadas. El Estado y los representantes, aceptaron que el territorio pertenece al Estado residualmente, ya que no existe ningún particular o bien una comunidad que en forma colectiva tengan título oficial del relacionado territorio.⁴⁰²

Se puede concluir que la comunidad reclamante es la propietaria, con fundamento en el artículo 21 de la Convención, precisamente, porque se aplica a los pueblos tribales, en el mismo sentido que a los pueblos indígenas, el mencionado artículo que protege la propiedad colectiva de la tierra, porque no existe diferencia, en cuanto a la profundidad y esencia, de la relación especial que la comunidad Moiwana tiene con la tierra que han ocupado en forma tradicional.

La Corte dispuso, en el apartado respectivo de reparaciones, que el Estado está obligado a adoptar las medidas legislativas, además de las administrativas y

⁴⁰⁰ Ibid. Párrafo 132, de la sentencia.

⁴⁰¹ Ibid. Párrafos del 133 al 135, de la sentencia.

⁴⁰² Ibid. Párrafo 130, de la sentencia.



de otra índole, que sean necesarias para asegurar a la comunidad reclamante el derecho de propiedad sobre los territorios ancestrales de los que fueron expulsados. Debe asegurarse a los miembros de la comunidad el uso y disfrute de su territorio. De manera específica el Tribunal dispone que el Estado debe delimitar, demarcar y además titular el territorio tradicional a nombre de la comunidad Moiwana.⁴⁰³

Es importante tener presente que los ancestros más remotos de los afrodescendientes, eran indígenas en África. La cosmovisión indígena, sin importar en qué lugar del mundo se encuentran sus miembros, siempre comprende una relación especial con la tierra o territorios que la comunidad ha habitado, en muchos casos desde tiempos inmemoriales y en otros, como el caso concreto bajo análisis, desde un tiempo prolongado para conformar esa vinculación espiritual especial con el territorio. La mayor de las veces, de la relación especial que los pueblos indígenas y tribales tienen con la tierra y con la naturaleza, depende sus ideas acerca del cosmos.

Cuando una comunidad indígena – o en el presente caso tribal-- es desplazada forzosamente a una tierra extraña, a través de la ocupación por mucho tiempo de ese nuevo territorio, renuevan su relación especial con la naturaleza circundante, comprendida por el territorio y los recursos provenientes de la tierra, muchos de los cuales utilizan tradicionalmente para subsistir. Entendemos que este es el caso de la comunidad Moiwana.

3.8.5 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam

La Comisión presentó la demanda el 23 de junio de 2006, en favor del Pueblo Saramaka (En adelante Pueblo Saramaka o simplemente la comunidad), en contra del Estado de Surinam, originada de la denuncia número 12.338, que fuera remitida a la Secretaría de la Comisión Interamericana el 27 de octubre de

⁴⁰³ Ibid. Párrafo 209, de la sentencia.



2000, por la Asociación de Autoridades Saramaka y doce capitanes Saramaka, en nombre propio y en nombre del pueblo Saramaka.⁴⁰⁴

3.8.5.1 Características del Pueblo Saramaka

El Pueblo Saramaka, forma parte de uno de seis grupos, cuyos antepasados fueron esclavizados al ser traídos a la fuerza de África, en el siglo XVII. Sus ancestros escaparon al interior del país y establecieron comunidades autónomas. Su estructura social está conformada por doce clanes que se rigen por la línea materna, con una población actual estimada en 25,000 a 34,000 personas, divididas en 63 comunidades ubicadas en la región sur del Río Surinam y comunidades desplazadas al norte y oeste de la región.⁴⁰⁵ Está claro que la estructura social del Pueblo Saramaka es diferente a la de otros sectores de la población del país, porque además de organizarse en clanes de linaje materno, se rigen por sus propias costumbres y tradiciones. Además, la sentencia establece que cada uno de los clanes está regido por la autoridad política, cargos que llaman Capitanes y Capitanes Jefes, así como el Gaan´man, como el oficial de alto rango de la comunidad.⁴⁰⁶

3.8.5.2 Hechos de la demanda

El pueblo Saramaka es una comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. Las alegaciones de la Comisión son que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para que se reconozca el derecho del pueblo al uso y disfrute del territorio que han venido ocupando y utilizando tradicionalmente. Se indica además que el Estado violó el derecho a la protección judicial, por no facilitarles un acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la propiedad, conforme a sus tradiciones comunales. Además, la Comisión alega que el Estado hizo concesiones de tierra perteneciente a la comunidad reclamante en favor de terceros, para la explotación

⁴⁰⁴ Sentencia del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Op. cit. Párrafo 1 de la sentencia.

⁴⁰⁵ Ibid. Párrafos 81 y 82 de la sentencia.

⁴⁰⁶ Ibid. Párrafo 81, de la sentencia.



minera y forestal, sin haber consultado plenamente y en forma efectiva a la comunidad, lo que viola el derecho a los recursos naturales que se encuentran en su territorio.⁴⁰⁷

3.8.5.3 Violación de derechos reclamados

La Comisión solicita a la Corte, la declaración de responsabilidad internacional del Estado por violación de los siguientes derechos: artículo 21 (derecho a la Propiedad) y el artículo 25 (Derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, relacionados con los artículos 1.1 y el 2 del mismo instrumento convencional. Como reparación solicita que se ordene al Estado adoptar medidas pecuniarias, y no pecuniarias en favor del Pueblo Saramaka.⁴⁰⁸

3.8.5.4 Aspectos jurisprudenciales del caso del Pueblo Saramaka

El Estado de Surinam objetó la condición de pueblo tribal de los Saramaka, señalando que no pueden definirse como tales y que, por lo tanto, no estaban sujetos a la protección de los derechos humanos respecto del derecho de la posesión colectiva de la propiedad.⁴⁰⁹ En virtud de la posición del Estado, la Corte decide analizar si conforman una comunidad tribal y si están sujetos a medidas especiales que garanticen sus derechos.

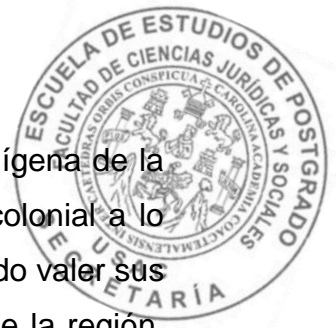
3.8.5.4.1 Elementos que conforman a los pueblos tribales, que los hace merecedores de la protección de la propiedad colectiva

La Condición de pueblo tribal de los Saramaka fue objeto de discusión de las partes en el proceso y la Corte Interamericana decidió que la comunidad reclamante tenía la condición de pueblo tribal.

⁴⁰⁷ Ibid. Párrafos 2 y 124, de la sentencia.

⁴⁰⁸ Ibid. Párrafo 3, de la sentencia.

⁴⁰⁹ Ibid. Párrafo 78, de la sentencia.



La Corte observa que el pueblo Saramaka, no es un pueblo indígena de la región que habitan. Sus descendientes fueron llevados en la época colonial a lo que hoy es la República de Surinam. Señala la Corte que están haciendo valer sus derechos en calidad de pueblo tribal, un pueblo que no es indígena de la región, que, no obstante, comparte características comunes con las comunidades indígenas, como tener tradiciones económicas, sociales y culturales diferentes de otros sectores de la sociedad nacional, que se identifican además con los territorios ancestrales y que se regulan, aunque en forma parcial, según sus propias normas, tradiciones y costumbres.⁴¹⁰

El Tribunal determina que los Saramaka es uno de seis grupos maroon de Surinam, sus ancestros fueron esclavos provenientes de África, llevados durante la colonización europea del siglo XVII. Los ancestros Saramaka lograron escapar a las regiones interiores del país y establecieron comunidades autónomas. Están organizados en doce clanes que se rigen por el linaje materno y el número actual se estima entre 25,000 a 34,000 miembros. Su estructura social es distintiva de otros sectores sociales, porque están organizados en clanes que se rigen por el linaje materno y se regulan en forma parcial, por sus propias tradiciones y costumbres. Señala el Tribunal que cada clan reconoce la autoridad política de los líderes locales, lo que incluye a los llamados Capitanes y Capitanes Jefes, como al Gaa'man, que es un oficial de alto rango de la comunidad.⁴¹¹

La Corte razona que la cultura del pueblo es bastante parecida a pueblos tribales, porque sus miembros mantienen una relación espiritual con el territorio ancestral, que han utilizado y ocupado tradicionalmente. La tierra para ellos es más que una fuente de subsistencia; es además fuente necesaria para la continuidad de la vida y de su identidad cultural. Por lo que la tierra y sus recursos naturales, forman parte de la esencia ancestral, social y espiritual de los Saramaka. En el territorio ellos cazan, pescan y cosechan, recogen el agua, las plantas para uso medicinal, minerales, aceites y madera. Tienen sitios sagrados

⁴¹⁰ Ibid. Párrafo 79, de la sentencia.

⁴¹¹ Ibid. Párrafos 80 y 81, de la sentencia.



que están distribuidos en el territorio y este tiene un valor sagrado para ellos. De manera muy especial, la identidad del pueblo en relación con la tierra está intrínsecamente vinculada con la libertad, en su lucha en contra de la esclavitud, lo que llaman la sagrada primera vez.⁴¹²

Se puede apreciar como la Corte delinea la condición de pueblo tribal, con fundamento en tres elementos. El primero, que el pueblo o comunidad no es originario del lugar. Segundo, que la estructura social y cultural del pueblo debe ser distinta a la de otros sectores de la sociedad. Esa estructura lógicamente varía de un pueblo tribal a otro, pero lo esencial es que sea distinta a la de los demás sectores sociales. Y tercero, deben tener una relación especial con la tierra, tanto material, por ser un medio de subsistencia, como inmaterial, con un alto significado espiritual y sagrado para ellos, por haber sido habitado por los ancestros, lo que representa para la comunidad la piedra angular para la continuidad histórica de la cultura y la identidad como pueblo.

Por otra parte, tomando en consideración que Surinam, no ha ratificado el Convenio 169, la Corte hace una clara relación entre el derecho de propiedad colectiva y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de los cuales es Estado parte. Se apoya en la interpretación que el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha hecho del artículo 1 del PIDESC, que es idéntico al artículo 1 del PIDCP. Ese artículo, indica la Corte con base en la interpretación del Comité, es aplicable a los pueblos indígenas.⁴¹³

El artículo 1 del PIDESC, claramente hace referencia al derecho de libre determinación, por el cual los pueblos, pueden establecer libremente su condición política y promover su desarrollo social, económico y cultural. Para lograr esos fines, el relacionado artículo dispone que pueden hacer uso libremente de sus

⁴¹² Ibid. Párrafo 82, de la sentencia.

⁴¹³ Ibid. Párrafo 93, de la sentencia.



recursos naturales. Por último, establece que un pueblo no podrá ser privado de sus medios de subsistencia.

En cuanto al artículo 27 del PIDCP, la Corte cita al Comité de Derechos Humanos, que al analizar este concluye que bajo su regulación, no podrá negarse a las personas que pertenecen a las minorías el derecho de gozar en comunidad con los miembros del grupo, de su cultura, la que puede consistir en el modo de vida que está ligado fuertemente al territorio y al uso de los recursos naturales. La Corte concluye que esta disposición es aplicable a las comunidades indígenas que constituyen una minoría.⁴¹⁴

El Tribunal llega a la convicción que de conformidad con el artículo 29.b de la Convención, no puede interpretar el artículo 21 del relacionado instrumento, en el sentido de limitar el ejercicio y goce de los derechos reconocidos por Surinam en los pactos de Naciones Unidas ya mencionados. Concluye además que de acuerdo con el razonamiento realizado, esas disposiciones también se aplican a los pueblos tribales, por las similitudes económicas, sociales y culturales que tienen en común con los pueblos indígenas.⁴¹⁵ .

3.8.5.4.2 La propiedad colectiva de la tierra o territorio, incluye los recursos naturales que la comunidad indígena o tribal han usado tradicionalmente, necesarios para su supervivencia, desarrollo y continuidad

La Corte sostiene que la subsistencia cultural y económica de las comunidades indígenas y tribales, se deriva del acceso y disfrute de los recursos naturales del territorio cuya propiedad les pertenece de conformidad con el artículo 21 de la Convención. Esos recursos son los que están relacionados con la cultura de la comunidad y que se encuentran en el territorio. En el caso de la comunidad Saramaka, la Corte manifiesta que es necesario una mayor elaboración de este

⁴¹⁴ Ibid. Párrafo 94, de la sentencia.

⁴¹⁵ Ibid. Párrafo 93, de la sentencia.



derecho, sobre todo entre la relación íntima que existe entre el territorio y los recursos naturales. Además, la relación que existe entre el territorio, que comprende tanto la tierra como los recursos naturales, con la necesidad de supervivencia económica, social y cultural de las comunidades indígenas y tribales.⁴¹⁶

Por otra parte, la Corte recuerda que ya ha sostenido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya, que las comunidades indígenas tienen el derecho a los recursos naturales del territorio que han usado tradicionalmente. Esos recursos les pertenecen por las mismas razones que les pertenece el territorio que también han ocupado tradicionalmente. Esos recursos, razona el Tribunal, son imprescindibles para la supervivencia de la comunidad, sin ellos no se estaría protegiendo la permanencia económica, cultural y social de los pueblos indígenas y tribales; de allí proviene la necesidad de su protección, para prevenir su extinción como pueblo. De esta manera se protege su modo de vida tradicional, además de su estructura social, identidad cultural, como el sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones deberán ser respetadas, protegidas y garantizadas por los Estados.⁴¹⁷

El Tribunal continúa profundizando la elaboración del derecho de uso y goce de los recursos naturales que contiene la propiedad colectiva. Señala que el derecho de gozar y usar el territorio, no tendría sentido para los pueblos indígenas y tribales, si ese derecho no está conectado con los recursos naturales. Agrega que los pueblos en referencia, reclaman la titularidad de la tierra, por la necesidad de que se les garantice la seguridad y la permanencia en el control y el uso de los recursos naturales que están dentro de su territorio, para mantener su estilo de vida. Concluyendo la Corte que, los recursos naturales que están protegidos por el artículo 21 de la Convención, son los que tradicionalmente han usado los pueblos

⁴¹⁶ Ibid. Párrafo 120, de la sentencia.

⁴¹⁷ Ibid. Párrafo 121, de la sentencia.



indígenas y tribales, que son necesarios para la supervivencia, para el desarrollo y la continuidad de vida de esos pueblos.⁴¹⁸

Por lo manifestado por la Corte, se puede sintetizar que las comunidades indígenas, al igual que las tribales, reclaman la propiedad de los territorios que han ocupado tradicionalmente desde siglos o por un largo tiempo, porque existe un vínculo espiritual con esas tierras o territorios, donde están enterrados sus ancestros y que también tiene un significado religioso para ellos. Además, del vínculo espiritual, existe una necesidad material, de utilizar los recursos naturales que en forma tradicional han utilizado para sobrevivir y garantizar su continuidad como pueblo, mantener su estilo de vida y heredar esa cultura a las futuras generaciones.

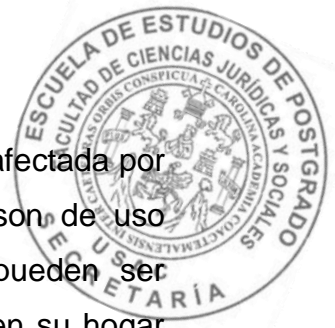
Esta jurisprudencia, además de haber sido ratificada en los casos Yakye Axa y Sawhoyomaxa contra el Estado de Paraguay, lo fue en el caso Kichwa de Sarayaku contra Ecuador.

Ahora quedan algunas interrogantes ¿Qué pasa con los recursos naturales que los pueblos indígenas no han usado en forma tradicional? ¿Pueden los pueblos indígenas disponer de manera absoluta de los recursos naturales de su territorio? En la misma sentencia del caso Saramaka obtendremos la respuesta.

3.8.5.4.3 Los recursos naturales de los territorios indígenas o tribales, están sujetos a restricciones, porque el derecho de propiedad no es absoluto

El Tribunal hace una relación de cómo las actividades de exploración o de extracción en los territorios indígenas pueden afectar, en mayor o menor grado, los recursos naturales que utilizan en forma tradicional los pueblos indígenas o tribales. Menciona que el agua limpia y natural, que es esencial para los miembros de la comunidad reclamante, en la cual realizan algunas de sus actividades

⁴¹⁸ Ibid. Párrafo 122, de la sentencia.



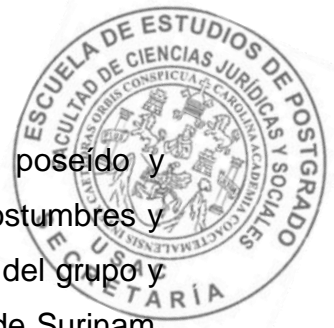
económicas para su subsistencia, por ejemplo, la pesca, puede verse afectada por las actividades de extracción de otros recursos naturales que no son de uso tradicional del pueblo Saramaka. De igual manera los bosques pueden ser afectados por las compañías madereras. En ese recurso natural tienen su hogar diferentes especies de animales que sirven para la caza, además en los bosques recogen frutas y otros recursos para vivir la comunidad. Pero la Corte como epílogo de su razonamiento, indica que, no obstante, la protección que proporciona el artículo 21 de la Convención no es absoluta, por lo que no permite una interpretación estricta, que impida toda concesión para actividades de exploración o extracción en los territorios indígenas, porque, aun reconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la tierra y al uso de los recursos naturales que en ella hay para su supervivencia, el derecho de propiedad, como mucho de los derechos que reconoce la Convención, está sujeto a límites y restricciones.⁴¹⁹

El Tribunal trae a colación que la Convención establece en el artículo 21, que la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Ese es el fundamento por el cual el Estado puede restringir el uso y goce del derecho de propiedad, siempre que esas restricciones cumplan el estándar mínimo establecido por la Corte: Este estándar, como ya se ha manifestado *ut supra*, es: Que deben estar previamente establecidas en la ley. Que estas sean necesarias y proporcionales. Además de que el propósito sea cumplir un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Por esa razón, sentencia categóricamente la Corte, el Estado puede restringir, bajo algunas condiciones, los derechos que tiene el pueblo reclamante a la propiedad, lo que incluye algunos de los recursos naturales que están en el territorio.⁴²⁰

Pero, la Corte, en cuanto al tema de restringir la propiedad indígena, agrega un punto adicional. Señala que es un punto crucial por considerar, cuando se restrinja el derecho de los pueblos indígenas y tribales a los derechos sobre el

⁴¹⁹ Ibid. Párrafo 126 y 127, de la sentencia.

⁴²⁰ Ibid. Párrafo 127, de la sentencia.



territorio y de los recursos naturales que en forma tradicional han poseído y consiste en que, esa restricción no implique una denegación de las costumbres y tradiciones, de tal manera que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus miembros. En otras palabras, indica el Tribunal que el Estado de Surinam, podrá de conformidad con el artículo 21 de la Convención, restringir el uso y disfrute de los Saramaka de sus tierras y los recursos naturales que se encuentran allí, solo cuando esa restricción cumpla con los requisitos ya señalados para restringir la propiedad. Además, cuando no implique una denegación de la subsistencia del pueblo tribal Saramaka.⁴²¹

Se ha evidenciado como la Corte Interamericana, ha establecido un *test* estándar mínimo para aplicar restricciones al derecho de propiedad que protege el artículo 21 del tratado. De igual manera, se ha constatado que es susceptibles de restricciones, tanto la propiedad privada individual o particular, como la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales. Ese estándar consiste en que la restricción, ya sea por utilidad pública o interés social, como ya se ha manifestado, debe cumplir los requisitos siguientes:

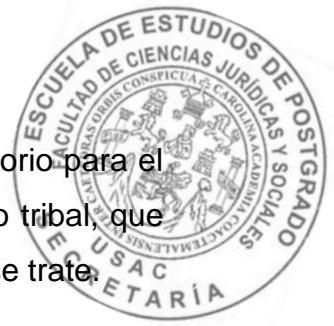
1. Estar establecida en la ley.
2. Ser necesaria.
3. Ser proporcional (entendemos proporcional a la necesidad existente). Esto debe entenderse que no existe otro medio menos gravoso para satisfacer esa necesidad.
4. Debe tener como fin alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Pero la Corte agrega un quinto requisito:

5. Que la restricción no implique una denegación de la subsistencia del pueblo indígena o tribal.

Se puede apreciar que este requisito es específico para los pueblos indígenas o tribales, cuando se trata de aplicar restricciones a su propiedad

⁴²¹ Ibid. Párrafo 128, de la sentencia.



territorial o los recursos naturales contenidos en el territorio. Es obligatorio para el Estado considerar, ante cualquier restricción a la propiedad indígena o tribal, que esta no represente un peligro para la sobrevivencia del pueblo de que se trate.

El quinto requisito que la Corte agrega para evaluar por parte del Estado, si procede o no la aplicación de restricciones a los recursos naturales como parte de la propiedad indígena colectiva, es aplicable tanto si se trata de recursos de uso tradicional de la comunidad, como lo pueden ser los bosques. Pero también los recursos que no son de uso tradicional, como lo pueden ser los minerales del subsuelo que, en el caso de Guatemala, según la Constitución, son bienes nacionales. Es decir, en todos los casos, se trate de recursos de uso tradicional o no de la comunidad, se debe evaluar la circunstancia capital, si autorizar su explotación por terceros o por el propio Estado, constituye una denegación del derecho de subsistencia de la comunidad indígena o tribal, de tal manera que no se les ponga en peligro de desaparecer.

3.8.5.4.4 El Estado debe cumplir un estándar mínimo de garantías para aplicar restricciones a la propiedad indígena o tribal

La Corte Interamericana ante la aplicación de restricciones a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, además del estándar mínimo de requisitos obligatorios, a los cuales ya hicimos referencia, ha establecido el cumplimiento obligatorio de un estándar de garantías por parte del Estado para hacer viable esa aplicación.

Señala el Tribunal que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, con el propósito de garantizar que las restricciones impuestas al pueblo Saramaka, respecto al derecho de su propiedad, ante la emisión de concesiones dentro del territorio, para que estas no impliquen una denegación del derecho de subsistencia del pueblo tribal reclamante, debe cumplir con tres garantías:



1. El Estado está obligado a asegurar la efectiva participación de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con el plan de desarrollo, de inversión, explotación y/o extracción, que se desarrolle dentro del territorio. (Esta garantía se traduce en el derecho de consulta y/o de consentimiento de los pueblos indígenas y tribales en los planes de desarrollo y el deber del Estado de garantizar la consulta).⁴²²
2. El Estado debe garantizar que los miembros del pueblo (Saramaka) se vean razonablemente beneficiados del plan o actividad que se lleve a cabo dentro de su territorio.⁴²³
3. El Estado debe, además, garantizar que no serán emitidas concesiones dentro del territorio (Saramaka), hasta que entidades que sean independientes y capaces técnicamente y que además actúen bajo la supervisión del Estado, lleven a cabo un estudio de impacto ambiental y social.

La Corte concluye que esas salvaguardas, tienen el propósito de preservar, garantizar y proteger la relación especial que los miembros del pueblo tribal Saramaka (pero aplicable a todo pueblo indígena), tiene con su territorio, que a la vez busca garantizar la subsistencia de este.⁴²⁴

En lo relativo al derecho a la consulta, en el caso bajo análisis, el Estado de Surinam emitió concesiones madereras en favor de terceros, sin consultar al pueblo Saramaka, sin darle participación de los beneficios y sin haber realizado estudios de impacto ambiental y social, lo que ocasionó graves daños al territorio y recursos naturales. Como resultado la Corte declara que la actuación del Estado constituye una violación del derecho de propiedad colectiva de los miembros del pueblo Saramaka, que es reconocido por el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento convencional.⁴²⁵ Por esa

⁴²² Ibid. Párrafo 129, de la sentencia.

⁴²³ Ibid. Párrafo 129, de la sentencia.

⁴²⁴ Ibid. Párrafo 129, de la sentencia.

⁴²⁵ Ibid. Párrafo 154, de la sentencia.



violación y la responsabilidad internacional del Estado, fue condenado al pago de compensación económica en favor de la comunidad reclamante.

En cuanto a los beneficios, la Corte ha manifestado al respecto que, de acuerdo con varios instrumentos internacionales, el concepto de compartir con el pueblo indígena o tribal los beneficios es inherente al derecho a una justa indemnización, que está reconocido por el artículo 21.2 de la Convención. Este derecho se extiende no solo por la total privación de una propiedad, lo que puede suceder por medio de la expropiación por parte del Estado, sino que comprende además la privación del uso y goce en forma regular de la propiedad. Esto significa, por ejemplo, para el caso del pueblo Saramaka, una indemnización justa, por el derecho de participar de los beneficios que se derivan de la restricción o de la privación del derecho de uso y disfrute de sus tierras tradicionales, como de los recursos naturales necesarios para su subsistencia, producto de las concesiones madereras y mineras.⁴²⁶

Es comprensible que las restricciones que se impone a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, tengan que superar una serie de requisitos y garantías mínimas, porque de esa manera se puede preservar y hacer efectivos los derechos fundamentales específicos que les corresponde por su condición especial de pueblos indígenas y tribales, lo que no sucede con la propiedad privada particular en general.

3.8.5.4.5 Condiciones que debe cumplir el Estado para garantizar el derecho de participación (derecho de consulta) de los pueblos indígenas relacionado con temas de propiedad colectiva

La jurisprudencia de la Corte refleja que, para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en los planes de desarrollo o de inversión, dentro de sus territorios, se debe consultar a estos, para garantizar de esta manera el derecho de participación.

⁴²⁶ Ibid. Párrafos 138 y 139, de la sentencia.



La Corte en su jurisprudencia ha diseñado una serie de condiciones mínimas que el Estado debe observar y cumplir, para hacer efectivo el derecho de consulta, como parte del derecho de participación de los pueblos interesados, según sus costumbres y tradiciones, en los planes de desarrollo o inversión en sus territorios, para no vulnerar el derecho de propiedad. Estas condiciones se pueden resumir en lo siguiente:

- 1) En el caso Saramaka la Corte indicó que se debió consultar con el pueblo en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión. Es decir que la consulta no debe ser únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Indica el Tribunal que el aviso temprano tiene como propósito que la comunidad tenga un tiempo para la discusión interna y para poder brindar una adecuada respuesta al Estado.⁴²⁷
- 2) El Estado debe aceptar y brindar información, lo cual implica una comunicación constante entre las partes. El Estado debe incluir la información de posibles riesgos, incluido los ambientales y de salubridad.⁴²⁸
- 3) La consulta debe ser realizada de buena fe, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y debe tener como fin llegar a un acuerdo.⁴²⁹
- 4) La consulta debe realizarse de acuerdo con las costumbres y tradiciones del pueblo indígena o tribal. Es decir, tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo (Saramaka) para la toma de decisiones.⁴³⁰
- 5) Cuando se trata de planes de inversión o desarrollo a gran escala, lo que tendría en el territorio indígena o tribal un gran impacto (en el caso concreto del territorio Saramaka), el Estado tiene la obligación, no solo de la consulta a los interesados, sino además de obtener el consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.⁴³¹

⁴²⁷ Ibid. Párrafo 133, de la sentencia.

⁴²⁸ Ibid. Párrafo 133, de la sentencia.

⁴²⁹ Ibid. Párrafo 133, de la sentencia.

⁴³⁰ Ibid. Párrafo 133, de la sentencia.

⁴³¹ Ibid. Párrafo 134, de la sentencia.



En relación con la consulta previa, la Corte claramente enfatiza que esta debe realizarse antes de tomar medidas o llevar a cabo el proyecto que pueda afectar a las comunidades. La participación debe iniciar desde que se tomen medidas legislativas, participando en todos los procesos de producción normativa, consulta que no puede estar restringida a simples propuestas.⁴³² En el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, el Estado autorizó la exploración petrolera en territorio de la comunidad. No se hizo la consulta respectiva, en la fase de exploración petrolera, involucrando las instituciones y los órganos de representación de la comunidad. El pueblo no fue consultado antes de la construcción de helipuertos, de cavar trochas, sembrar explosivos o de que se destruyeran zonas de alto valor para la cultura y cosmovisión de la comunidad.⁴³³

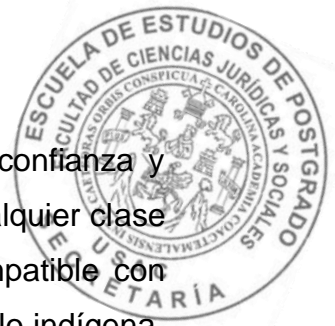
En cuanto a la información de los riesgos ambientales, también en el caso Kichwa, la Corte indica que, del acervo probatorio, no se acredita que la compañía concesionaria, hubiese incluido la información del estudio de impacto ambiental ni que esta información permitiera a la comunidad participar de manera efectiva en un proceso de diálogo. Por otra parte, el Tribunal al analizar las alegaciones del Estado que el estudio ambiental fue socializado, señala que no se demostró que la información proporcionada fuera parte de una actividad de consulta al pueblo Kichwa, que no conocieron de las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y la forma de vida de la comunidad.⁴³⁴ Finalmente, la Corte concluyó que las actividades desarrolladas por la empresa titular de la concesión, no fueron parte de una consulta informada a la comunidad.

El principio de buena fe, también fue objeto de análisis en el caso Kichwa. La Corte señala que la consulta no es un trámite formal, sino que debe ser un verdadero instrumento de participación de la comunidad indígena. Este responde

⁴³² Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Op. cit. Párrafo 181 de la sentencia.

⁴³³ Ibid. Párrafo 184, de la sentencia.

⁴³⁴ Ibid. Párrafo 209, de la sentencia.



al objetivo último de establecer un diálogo basado en principios de confianza y mutuo respeto. La buena fe exige, enfatiza la Corte, la ausencia de cualquier clase de coerción por parte del Estado o sus agentes. Además, es incompatible con prácticas para intentar la desintegración de la cohesión social del pueblo indígena, ya sea por medio de la corrupción de los líderes de la comunidad o bien el establecimiento de liderazgos paralelos o negociando con ciertos individuos de la comunidad.⁴³⁵

En el caso Kichwa, se acreditó que durante las excursiones de la empresa petrolera y la empresa subsidiaria de esta que hizo la supuesta consulta, hubo presencia militar. En la zona respectiva operaba la Brigada de Selva número 17 y alrededor de Sarayaku se instalaron cuatro bases militares.⁴³⁶ Esto claramente fue interpretado por el Tribunal como un procedimiento de coerción e intimidación contra la población indígena, lo que viola el principio de buena fe.

Estas prácticas del Estado de Ecuador o sus agentes, violaron el principio de buena fe que debe prevalecer en la consulta, por lo que el Estado fue condenado por violar el derecho de propiedad del pueblo Kichwa.

El Tribunal manifestó en el caso Kichwa, que la responsabilidad de realizar la consulta es del Estado. De tal manera que la planificación y la debida ejecución de esta no puede ser delegada a una empresa privada o a terceros, menos a la misma empresa que está interesada en la explotación de los recursos, como sucedió en el caso concreto.⁴³⁷

Por otra parte, se acreditó que la empresa pretendió legitimar sus actividades de exploración petrolera, sin respetar las estructuras propias de la autoridad y la representatividad a lo externo e interno de la comunidad. La Compañía ofreció dinero al pueblo Kichwa para obtener su consentimiento, sin

⁴³⁵ Ibid. Párrafo 186, de la sentencia.

⁴³⁶ Ibid. Párrafos 190 y 191, de la sentencia.

⁴³⁷ Ibid. Párrafo 187, de la sentencia.



que el Estado supervisara un proceso sistemático de participación y diálogo con la comunidad.⁴³⁸

El Estado es entonces, el responsable de llevar a cabo la consulta y en esta se debe tomar en cuenta los métodos tradicionales que la comunidad respectiva ha implementado para la toma de decisiones.

La Corte Interamericana, sostiene en su jurisprudencia, que el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, en asuntos administrativos o legislativos que les afecte o sobre la explotación de recursos naturales, está apoyado por normas convencionales, como las del Convenio 169, pero que en la actualidad constituye un principio general del derecho internacional, como resultado que diversos Estados de la región americana, en su normativa interna y por medio de sus tribunales de justicia de más alto rango, han incorporado ese estándar, algunos que han ratificado el Convenio 169 de la OIT y otros que no lo han hecho; sin embargo, regulan de manera adecuada el derecho a la consulta, entre los que se menciona a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.⁴³⁹

La consulta, según comprendemos, pasa a ser vinculante, cuando el proyecto de desarrollo o de inversión es de tal magnitud, que definitivamente tendrá un gran impacto en la integridad del territorio, lo que en la práctica implicaría, que podría poner en peligro, ya sea la subsistencia o el estilo de vida de la comunidad indígena, por lo que el consentimiento de la comunidad es obligatorio para el Estado. El desarrollo jurisprudencial en este sentido, está en armonía con lo que establece el artículo 6, numeral 2, del Convenio 169. Mucho se enfatiza en la actualidad que la consulta a los pueblos indígenas no es vinculante para el Estado y entendemos que puede ser así cuando se trata de imponer restricciones a la propiedad colectiva, por razones de utilidad pública o interés general, una vez aplicadas las pautas obligatorias establecidas por la Corte, pero

⁴³⁸ Ibid. Párrafo 194, de la sentencia.

⁴³⁹ Ibid. Párrafo 164, de la sentencia.



cuando el territorio o tierras indígenas puedan ser afectadas de tal manera que ya no podrían subsistir como pueblo o perder su estilo de vida, se requiere su consentimiento, porque de lo contrario se hace nugatorio para ellos el derecho de propiedad y todo lo que este conlleva. Es decir, se perdería su relación especial con el territorio, su derecho a la subsistencia que depende de este, como la continuidad de su forma de vida.

3.8.6 Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, Vs. Panamá

La Comisión Interamericana, somete a la Corte el caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros (En Adelante comunidad Madungandí, comunidad Emberá o simplemente las comunidades), en contra del Estado de Panamá, el 26 de febrero de 2013. Fue el 11 de mayo del año 2000, que las presuntas víctimas, auxiliados por varias entidades defensoras de derechos humanos, presentaron la petición respectiva, alegando violaciones de derechos humanos por parte del Estado. La Comisión presentó informe de fondo el 13 de noviembre de 2012, número 125/12, formulando las conclusiones y recomendaciones respectivas.⁴⁴⁰

3.8.6.1 Características de las Comunidades Kuna Madungandí y Emberá de Bayano

En 1930 se establecieron varias reservas indígenas en Panamá, que incluyó las tierras del Alto Bayano. El pueblo Kuna de Madungandí ha habitado esas tierras desde el siglo XVI y está constituido por 15 comunidades, que están compuestas por una población de 80,526 personas. Se dedican a la agricultura de corta y quema, pero realizan procesos de reforestación. Además, practican la caza y la pesca. La máxima autoridad es el Congreso General. La representación del Congreso y las entidades autónomas ante el gobierno central, recae en un

⁴⁴⁰ Caso de la Comunidad Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Ob. cit. Párrafos 1 y 2 de la sentencia.



cacique, elegido por el Congreso. Una de las poblaciones de la Comarca del pueblo Kuna, que es parte de las comunidades reclamantes, elige a una autoridad llamada Saila o Sáhila.

Por su parte, el pueblo indígena Emberá, migraron de la región del Chocó en Colombia a Panamá en los siglos XVII y XVIII. Se ubicaron en la Provincia de Darién, pero una parte se estableció en el Bayano, que actualmente se organiza en cuatro comunidades. Está conformado por aproximadamente 31,284 personas. Se dedican tradicionalmente a la caza, pesca y a la artesanía.

3.8.6.2 Hechos de la demanda

Las dos comunidades indígenas de Kuna de Mugandí y Emberá, fueron reubicadas por la construcción de una hidroeléctrica, que supuso la inundación de 350 kilómetros cuadrados de territorio. La construcción se inició en 1972 y finalizó en 1976. Con la construcción de la mencionada obra y la carretera interamericana, la presencia de colonos aumentó considerablemente, hasta conformar tres comunidades campesinas, por lo que surgieron conflictos y tensiones por la tenencia y el uso de la tierra. Además, el Estado adjudicó como propiedad una porción de tierra a una persona particular. Como compensación de las tierras inundadas se dispuso el otorgamiento de nuevas tierras adyacentes, que están ubicadas al Este de la reserva indígena, declaradas por ley como inadjudicables.

En 1975 y 1980, el Estado firmó cuatro acuerdos con los representantes indígenas, comprometiéndose a pagar una justa indemnización, como compensación por la inundación de sus tierras y el desplazamiento de las comunidades, la que no se ha hecho efectiva después de más de cuatro décadas.⁴⁴¹ Las tierras alternativas han sido tituladas en favor de la comunidad

⁴⁴¹ Ibid. Párrafos 58, 60, 61, 63, 64, 65 y 66, de la sentencia.



Kuna de Madungandí hasta el año 1996 y 2000, pero no así las tierras de la comunidad Emberá, cuya titulación está en trámite.⁴⁴²

3.8.6.3 Violación de derechos reclamados

La petición de la Comisión ante la Corte, fue por la violación de los derechos contenidos en los artículos 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 1.2 del mismo convenio, en perjuicio de la comunidad indígena, por abstenerse el Estado a pagar una justa y pronta indemnización por la pérdida de los territorios ancestrales. Además, por no proveer un título de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas alternativos y por no realizar prontamente el reconocimiento, delimitación y demarcación de esos territorios. Por otra parte, por no proveer el Estado un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad territorial ancestral. Se cita como violado el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, por no garantizar ni respetar los derechos de los pueblos demandantes, sin discriminación por origen étnico y por no brindar protección igualitaria ante la ley.⁴⁴³

3.8.6.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de las comunidades Madungandí y Emberá de Bayano

Los hechos de la demanda planteada en favor de las comunidades, tienen características especiales, porque su objeto no son las tierras ancestrales o de ocupación tradicional por parte de los pueblos reclamantes, sino de tierras alternativas que pasaron a ocupar por decisión del Estado, al ser reubicados como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica.

3.8.6.4.1 Los casos de tierras alternativas, deben equipararse a los derechos que subsisten en los casos en que la recuperación de las tierras ancestrales todavía es posible

⁴⁴² Ibid. Párrafo 123, de la sentencia.

⁴⁴³ Ibid. Párrafos 2 y 3, de la sentencia.



La Corte trae a colación que, en fallos anteriores, ha señalado que cuando se trata de tierras ancestrales es la posesión u ocupación prolongada ancestral precisamente lo que otorga el derecho de exigir el reconocimiento del Estado de la propiedad y su respectivo registro. En el caso de tierras alternativas, señala el Tribunal, donde no existe la ocupación ancestral, ese reconocimiento del derecho de propiedad colectiva, se debe realizar “recién cuando el Estado asigna las tierras nuevas”. En este caso, la Corte toma en consideración que los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá no habitan las tierras alternativas en forma transitoria, sino permanente, por la inundación de las tierras ancestrales.⁴⁴⁴

En el caso de tierras alternativas, agrega la Corte, las obligaciones del Estado en cuanto a garantizar el goce de la propiedad de los pueblos indígenas, deben ser estos, que en los casos en los cuales la recuperación de tierras ancestrales es todavía posible, porque, en caso contrario, razona la Corte, se estaría limitando el goce del derecho de la propiedad colectiva, por no contar con una relación ancestral u ocupación prolongada de las tierras alternativas, cuando la falta de ocupación es consecuencia precisamente de la reubicación que el propio Estado realizó, por razones que fueron ajenas a la voluntad de los pueblos indígenas.⁴⁴⁵

El Tribunal internacional de derechos humanos, concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención por la demora (no hubo un plazo razonable) para delimitar, titular y demarcar la propiedad colectiva del pueblo Kuna de Madungandí, que fuera realizada hasta los años 1996 y 2000. Por otra parte declara que el Estado violó el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, por no demarcar, delimitar y titular las tierras de la comunidad Emberá, en perjuicio de la comunidad y sus miembros.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Ibid. Párrafo 121, de la sentencia.

⁴⁴⁵ Ibid. Párrafo 122, de la sentencia.

⁴⁴⁶ Ibid. Párrafo 137, de la sentencia.



3.8.6.4.2 El otorgamiento por el Estado de títulos de propiedad privada, constituye una restricción al goce del derecho de propiedad colectiva o comunal, aun cuando no exista reconocimiento oficial de un título de propiedad

Se desprende de la relación de hechos de la sentencia, que una persona particular identificada únicamente como señor C.C.M., solicitó se le adjudicara título de propiedad privada en tierras de la comunidad Emberá, que fueron adjudicadas alternativamente a los reclamantes y que no habían sido tituladas. La solicitud del particular fue otorgado el 13 de agosto de 2013, sobre un terreno de 96 hectáreas y 4,960.03 metros cuadrados.⁴⁴⁷

El Tribunal indica que, al otorgar las tierras alternativas a los pueblos indígenas, se adquiere la obligación por parte del Estado de asegurar el goce del derecho de propiedad. Esta es una obligación que no puede desconocerse y el goce no puede dejar de concretarse por el otorgamiento de un título de propiedad privada en las tierras ni podría adquirir un tercero título de buena fe. La Corte aclara que esto es, sin perjuicio de los particulares, quienes tenían con anterioridad título de propiedad privada sobre parte de las tierras que pasaron a ocupar los pueblos indígenas.⁴⁴⁸

La Corte para reforzar sus argumentos, señala que en la normativa de varios países de la región americana, concretamente Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, Colombia, Chile, Honduras, Costa Rica, Perú, Paraguay y Venezuela, regulan de alguna forma que los territorios indígenas son, entre otros aspectos, inalienables e imprescriptibles.⁴⁴⁹ Esta reflexión de la Corte es interesante, porque aunque no lo dice, parece sugerir que la condición de inalienabilidad e imprescriptibilidad de las tierras indígenas tiene naturaleza de un principio de

⁴⁴⁷ Ibid. Párrafo 82, de la sentencia.

⁴⁴⁸ Ibid. Párrafo 142, de la sentencia.

⁴⁴⁹ Ibid. Párrafo 142, de la sentencia.



derecho internacional, porque muchos países protegen los territorios indígenas otorgándoles esas características.

Por otra parte, la Corte recuerda que el concepto de derechos territoriales de los pueblos indígenas, abarca un concepto mucho más amplio y distinto, que se relaciona con el derecho colectivo a la sobrevivencia como pueblo organizado, por lo que deben tener el control de su hábitat, con lo cual reproducen su cultura, propician su desarrollo y planifican su vida. Además, el Tribunal reitera que ha asentado repetidamente en su jurisprudencia que no puede decidir si la propiedad indígena, está por encima de la propiedad privada de terceros o viceversa, porque la Corte Interamericana no es un tribunal de derecho interno para dirimir controversias entre particulares, pero si tiene la facultad para decidir si el Estado pudo garantizar o no los derechos humanos de una comunidad indígena.⁴⁵⁰

Finalmente, la Corte decide que, aunque no se ha otorgado un título de propiedad en favor de la comunidad Emberá sobre sus tierras adjudicadas alternativamente, el Estado actuó en contra de sus obligaciones contenidas en la normativa interna e internacional, porque otorgó un título de propiedad privado al señor C.C.M sobre parte de las tierras alternativas, por lo que restringió el goce efectivo de la referida comunidad a su derecho de propiedad comunal otorgado.⁴⁵¹

La Corte declaró que Panamá violó el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, por no haber garantizado de manera efectiva el goce de la propiedad colectiva de la comunidad Emberá, al otorgar un título de propiedad privada al señor C.C.M y por no haberlo revocado hasta la fecha de emisión de la sentencia.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Ibid. Párrafos 143 y 144, de la sentencia.

⁴⁵¹ Ibid. Párrafo 145, de la sentencia.

⁴⁵² Ibid. Párrafo 146, de la sentencia.



3.8.7 Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay

La demanda del caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek (En adelante la comunidad Xákmok o simplemente la comunidad), fue presentada por la Comisión el 3 de julio de 2009, contra la República del Paraguay, derivada de la solicitud inicial presentada ante la Comisión el 15 de mayo de 2001. La Corte dictó sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 24 de agosto de 2010.⁴⁵³

3.8.7.1 Características de la Comunidad Xákmok Kásek

Expresa la Corte que los grupos lingüísticos Enlhet-Enenlhet, están compuestos por seis pueblos que son: Enxet (Enxet Sur), Sanapaná, Enlhet (Enlhet Norte), Angaité y Toba Maskoy y Guaná. Han habitado tradicionalmente la región Centro-Este de la región del Chaco de Paraguay. Se han reconfigurado lingüística y socialmente, mezclándose con otros grupos mayores y mucho más heterogéneos, que comprende aldeas y bandas distribuidas en el territorio. Agrega la Corte que el propio Estado presentó un peritaje que acredita que son sujetos históricos, que los Ehlhet-Enenlhet han habitado esa área del gran Chaco desde tiempos inmemoriales. Además, tres o cuatro generaciones de comunidades indígenas Sanapaná, Angaité y Enxet, han habitado las zonas conocidas como Pozo Colorado, Salazar y Cora, que comprende parte de las tierras de las estancias particulares que reclaman como territorio ancestral.⁴⁵⁴

En cuanto a su modo de vida, indica el Tribunal que antes de la colonización, vivían en pequeñas comunidades. Su economía se basaba en la recolección, la caza y la pesca. Cultivaban huertas y criaban animales domésticos. Además, recorrían la tierra usando la naturaleza en la medida que las estaciones y su tecnología cultural se los permitía, por lo que se desplazaban en un área extensa de territorio. Estos pueblos indígenas no fueron vinculados a los intereses

⁴⁵³ Sentencia del caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 1 de la sentencia.

⁴⁵⁴ Párrafo 39, de la sentencia.



de la colonización, por lo que permanecieron fuera del contacto con la cultura europea y la criolla hasta finales del siglo XIX.⁴⁵⁵

3.8.7.2 Hechos de la demanda

En el proceso fue objeto de discusión la pertenencia étnica de la comunidad Xákmok Kásek, debido que es una comunidad que se mezcló con otras de la región. El Tribunal cita el Atlas de Comunidades Indígenas de Paraguay, que indica que está compuesta en 73.7% por Sanapaná, 18.0% por Enxet Sur, un 5.5 % de Enlhet Norte, 2.4% por Angaité y 0.4% de Toba-Qom.⁴⁵⁶ La Corte zanjó la discusión manifestando que corresponde a la comunidad autodefinirse étnicamente, elegir el nombre y establecer su estructura social, facultades que se deriva de su derecho de autonomía.

La comunidad Xákmok Kásek, la conforman 66 familias, integradas por un total de 268 personas. El proceso de colonización del Chaco los afectó, después de la venta de las tierras en la bolsa de valores de Londres por el Estado, sin tomar en cuenta a las comunidades indígenas que habitaban la región. La iglesia anglicana fundó una subestación misionera de Xákmok Kásek en el lugar donde se asentó la comunidad hasta el año 2008. Los Sanapaná, etnia de la cual forman parte mayoritariamente, tradicionalmente habitaban y recorrían ese espacio, incluso mucho antes de la Guerra del Chaco que ocurrió en 1932-1935. La deuda adquirida por la guerra provocó la venta de las tierras. Posteriormente se estableció una Estancia privada denominada “Salazar” en el espacio que ocupaba la comunidad.⁴⁵⁷

La comunidad reclama una extensión de 10.700 hectáreas como parte de su territorio tradicional, en el interior de la Estancia Salazar.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Párrafos 56 y 57, de la sentencia.

⁴⁵⁶ Ibid. Párrafos 39 y 41, de la sentencia.

⁴⁵⁷ Ibid. Párrafos 64 y 65, de la sentencia.

⁴⁵⁸ Ibid. Párrafo 68, de la sentencia.



3.8.7.3 Violación de derechos reclamados

La comisión solicitó que la Corte declare al Estado de Paraguay responsable por violar, entre otros, el derecho a la propiedad privada, del artículo 21, en relación con obligaciones establecidas en el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y el artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana.⁴⁵⁹

3.8.7.4 Aspectos jurisprudenciales del caso de la Comunidad Xákmok Kásek

En el caso de la comunidad Xákmok Kásek, apunta el Tribunal, tienen rasgos culturales específicos, como las lenguas propias, ritos de chamanismo y de iniciación femenina y masculina, el saber ancestral chamánico, las formas para memorar a los muertos y a su relación con el territorio, que son fundamentales para su cosmovisión y su particular forma de existir. Se indica además que las prácticas y rasgos culturales de los miembros de la comunidad se han afectado, porque no cuentan con sus tierras tradicionales.

3.8.7.4.1 La identidad cultural indígena está protegida por el artículo 21 de la Convención

La Corte expresa que, en el caso de los pueblos indígenas, la posesión de sus tierras y sus patrones culturales, que se deriva de esa estrecha relación, conforma parte de su identidad. Esa forma de vida vinculada a las tierras tradicionales y recursos naturales, no solo son el medio principal de subsistencia, sino que además son un elemento de su cosmovisión, identidad cultural y religiosidad. Esa identidad cultural alcanza una percepción colectiva, que involucra su cosmovisión, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra, de la cual se desarrolla su vida.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Ibid. Párrafo 3, de la sentencia.

⁴⁶⁰ Ibid. Párrafos 174 y 175, de la sentencia.



En el caso de la comunidad Xákmok Kásek, que tienen rasgos culturales específicos, el Tribunal cita la declaración de un testigo para ilustrar que la gente no puede enterrar a sus familiares en los lugares elegidos, que no pueden volver a esos lugares, que estos fueron desacralizados, lo que implica que esa relación afectiva no se puede dar ni la relación simbólica y espiritual que tienen con el territorio.⁴⁶¹

Se mencionan otros rasgos culturales afectados, como el hecho que, en la Estancia Salazar, solamente se les enseñaba hablar español y guaraní, en perjuicio de su lengua propia. Por otra parte, se les ha impedido practicar la caza, la pesca y la recolección, por lo que decidieron abandonar la Estancia, disgregándose de las demás comunidades que conforman el pueblo.⁴⁶²

El tema de la afectación de los bienes incorpóreos de las comunidades indígenas, en relación con la propiedad de la tierra o territorio, fue abordado por la Corte en el caso Mayagna. En la relacionada sentencia se hace una definición de bienes, que es muy importante, porque no solamente permite determinar que la Convención reconoce la existencia y protección de la propiedad colectiva o comunal, sino además establece que aspectos culturales de los pueblos indígenas, como sus creencias y prácticas tradicionales, constituyen una forma de propiedad inmaterial.

La Corte indica que “los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorpóreos y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.⁴⁶³

⁴⁶¹ Ibid. Párrafo 177, de la sentencia.

⁴⁶² Ibid. Párrafo 179 y 180, de la sentencia.

⁴⁶³ Sentencia del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. Párrafo 144 de la sentencia.



La Corte llega a esa conclusión, cuando vincula las creencias religiosas o espirituales de los pueblos indígenas, con el territorio y sus prácticas de vida dentro de este. Son elementos interrelacionados. Pero no significa que la Convención solamente pueda proteger esa propiedad inmaterial, si aborda directamente el tema de la propiedad comunal. Puede suceder en la realidad, que los derechos del territorio indígena estén definidos, delimitados y garantizados y que el Estado atente contra las ideas religiosas o inmateriales de los pueblos indígenas de otra manera, sin afectar físicamente el territorio tradicional. Tema que, si bien sería apropiado abordarlo desde la perspectiva del derecho de conciencia, como derecho amplio que comprende todas las ideas de la cosmovisión indígena, también es evidente que está protegido por el artículo 21 de la Convención, como una forma de propiedad inmaterial, porque al tener un alto valor para las comunidades indígenas y estar relacionado con su territorio colectivo o comunal, forma parte de su patrimonio inmaterial. Por lo que, cuando las ideas están relacionadas directamente con el territorio, desconocer o atentar contra la propiedad inmaterial implica la violación a la propiedad colectiva, porque la propiedad colectiva no solamente comprende el espacio geográfico y los recursos materiales que contiene, sino además las ideas (cosmovisión) relacionadas con el territorio, tierras o hábitat.

Por todo lo expresado, es comprensible la lógica del Tribunal, al considerar y concluir, que la comunidad Xákmok Kásek, fue afectada en su identidad por la falta de su territorio tradicional y la imposibilidad de acceder a los recursos naturales que se encuentran en este, lo que constituye una violación del artículo 21.1 de la Convención, relacionado con el artículo 1.1 del mismo instrumento legal.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Sentencia del caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 182 de la sentencia.



3.9 Fundamentos que determinan la existencia y defensa de la propiedad colectiva de la tierra o territorios indígenas

Una vez analizadas las sentencias de la Corte Interamericana y establecidos los diferentes criterios referentes al derecho de propiedad colectiva de los territorios indígenas, es preciso determinar qué criterios o principios establecidos por el Tribunal, fundamentan la existencia de la propiedad colectiva y cuáles sirven a las comunidades indígenas para la defensa de su derecho de propiedad.

3.9.1 Fundamentos que determinan la existencia del derecho de propiedad colectiva de la tierra indígena

La jurisprudencia generada por la Corte, principalmente en la sentencia de la comunidad Mayagna Sumo (Awas) Tingni contra Nicaragua, delineó los dos grandes pilares, que permiten determinar si un territorio es propiedad colectiva indígena. Estos dos fundamentos son, la posesión histórica de la tierra y la relación especial, del orden material y espiritual, que las comunidades indígenas tienen con la tierra.

3.9.1.1 La posesión tradicional o ancestral de la tierra colectiva o comunal indígena

Las comunidades indígenas, como se pudo determinar, por definición son las que habitaban los territorios en la época de la conquista o desde la colonia. Han poseído las tierras o territorios desde tiempos inmemoriales, bajo la forma de propiedad colectiva o comunal. Esta característica es esencial, según la Corte Interamericana, para determinar esa forma especial de propiedad.

La Corte establece este principio o fundamento, en la histórica sentencia de la comunidad Mayagna Sumo (Awas) Tingní. La posesión histórica y ancestral de la tierra, para la Corte, produce los mismos efectos que un título de propiedad



debidamente registrado. Esta validación que otorga la Corte, como criterio para establecer la propiedad colectiva de la tierra ante el Estado, está acorde con la costumbre o derecho consuetudinario de los pueblos o comunidades indígenas. Este fundamento está claramente delineado en la jurisprudencia de la Corte cuando señala que la posesión tradicional de la tierra, debe ser suficiente para que las comunidades indígenas, que carecen de un título real de propiedad, obtengan el reconocimiento del Estado de la propiedad de la tierra y que se haga consecuentemente el registro correspondiente.⁴⁶⁵ El Estado debe reconocer y regular adecuadamente en su derecho interno, el elemento de la posesión histórica, como fundamento para acreditar y garantizar el derecho de propiedad colectiva de la tierra.

3.9.1.2 La relación especial, material y espiritual de la comunidad indígena con la tierra, que configura una parte importante de su cosmovisión

La posesión tradicional de la tierra es un elemento para determinar la existencia de la propiedad colectiva de la tierra, pero no es el único. El otro elemento trascendental es la relación especial que el pueblo o comunidad tiene con la tierra. Este elemento es tan importante, que determina el derecho de propiedad sobre la tierra comunal o colectiva, aun cuando no se tiene la posesión actual de esta. Es el fundamento para exigir la reivindicación del territorio o la tierra indígena, cuando se ha perdido la posesión por causas que son ajenas a la voluntad del pueblo o comunidad indígena. Aclara la Corte que para los indígenas, la relación con la tierra no puede estar basada únicamente en la posesión y la producción, sino que existe un elemento material y también espiritual del que también deben gozar a plenitud, lo que les permite preservar el legado cultural, que podrá ser transmitido a las futuras generaciones. La Corte reconoce el derecho que tienen como comunidad indígena, de vivir libremente en los territorios, se reconoce además la relación muy estrecha que tienen con la tierra y que esa

⁴⁶⁵ Caso de la Comunidad (Awas) Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. párrafo 151 de la sentencia.



comprensión es la base fundamental de la cultura indígena, de la vida espiritual, la integridad y la base de su supervivencia.

Este elemento tan importante, que se origina de la cosmovisión indígena, también surge de la sentencia de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. La Corte lo configura, destacando la relación especial con la tierra, relación que no se reduce a la simple posesión y de producción, sino un elemento material y espiritual, que deben gozar en forma plena, que es necesario para preservar su legado cultural y transmitirlo a las futuras generaciones. Esa estrecha relación con el territorio es la base de su existencia, de la vida espiritual, su integridad cultural y vida económica. Esa relación especial de las comunidades indígenas con la tierra, está englobada en la cosmovisión de los pueblos indígenas. La tierra es la base de la cosmovisión indígena y la cosmovisión es el fundamento de la posesión de la tierra. Por esa razón el elemento de la relación especial, de carácter material y espiritual, determina la existencia del derecho de propiedad colectiva o comunal de la tierra.

3.9.2 Fundamentos para la defensa del derecho de propiedad colectiva o comunal indígena

Se ha visto como la tierra colectiva indígena, históricamente ha sido objeto de apropiación y despojo, en detrimento de sus propietarios legítimos, como las comunidades indígenas que históricamente han poseído esas tierras. La Corte, mediante la interpretación del derecho de propiedad protegida por el artículo 21 de la Convención Americana, delinea de manera concreta, dos fundamentos esenciales que permiten a las comunidades indígenas la defensa integral de sus territorios y recursos naturales. Estos elementos son, la reivindicación de sus tierras cuando las han perdido mediante actos de violencia o por causas ajenas a su voluntad. De igual manera está la consulta que los Estados deben hacer a las comunidades indígenas, cuando se proyecten medidas legislativas o administrativas que puedan afectar la integridad del territorio o su cultura que está



íntimamente relacionada al mismo en virtud de la cosmovisión o los recursos naturales de uso tradicional.

3.9.2.1 El principio de reivindicación de la tierra colectiva o comunal indígena

Este principio fue establecido por primera vez, en la sentencia del caso de la comunidad Moiwana contra Suriname. Además, fue ratificado y sustentado con nuevos argumentos en el caso de las comunidades Sawhoyomaxa y Xákmo Kásek, contra la República del Paraguay. La Corte determinó que la base legal para reivindicar las tierras, además de acreditar que se tuvo la posesión tradicional en el pasado, es la relación especial, material y espiritual que tiene el pueblo o comunidad indígena con la tierra o territorio. Mientras esa relación especial exista, o esta sea posible, permanece vigente el derecho de reivindicar las tierras. En cuanto deje de existir esa relación especial, también se extingue el derecho de reivindicación. Esto implica, que la posesión de la tierra reclamada no constituye un requisito indispensable, por lo que lo determinante, además de haber poseído en el pasado la tierra, es la relación especial, la que debe persistir o ser posible, para reclamar la propiedad colectiva y lograr la reivindicación de esta.

3.9.2.1.1 Competencia *ratio temporis* de la Corte Interamericana en el caso de reivindicación de tierras comunales indígenas

Muchos de los conflictos de tierras comunales indígenas son de vieja data. Si bien el derecho de reivindicación no puede estar fundamentado en la posesión de la tierra en la época precolombina, por la reordenación territorial que hizo la Corona española, mediante la asignación de tierras a colonos y a pueblos indígenas, porque el largo tiempo transcurrido, que hizo que esa relación material y espiritual con la tierra se perdiera de parte de comunidades; , pero si existen conflictos muy antiguos, que si pueden ser reivindicables, como los suscitados por la Reforma Liberal de 1871. Además, está el múltiple despojo de tierras en la década de los ochenta en la Franja Transversal del Norte y en los departamentos de Petén e Izabal. Esto hace surgir la duda, de cómo la Corte Interamericana es



competente para conocer y resolver conflictos surgidos mucho antes que Guatemala aceptara la competencia contenciosa de la Corte en 1987.

En uno de los casos más recientes contra el Estado de Guatemala, que involucra una serie de violaciones, entre las que se cuenta el desplazamiento forzado de sus tierras de la comunidad Chipuac y comunidades vecinas de Rabinal, en el departamento de Salamá, por medio de una serie de actos de violencia por parte de agentes del Estado entre 1981 y 1986, el Estado de Guatemala interpuso la excepción de falta de competencia *ratio temporis*. Alega que la desaparición forzada y la violación de otra serie de derechos humanos, ocurrió antes que el Estado reconociera la competencia contenciosa de la Corte.

La Corte Interamericana resuelve declarar parcialmente con lugar la excepción. Pero para el caso específico de la desaparición forzada, argumenta que para determinar si la Corte tiene o no competencia para conocer un caso o un aspecto de este, debe considerar la fecha de reconocimiento de la competencia por parte del Estado, los términos en que se dio el mismo y el principio de irretroactividad, dispuesto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁴⁶⁶ La Corte acepta que puede conocer de las violaciones posteriores a la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado, que en caso de Guatemala fue el 9 de marzo de 1987. Pero advierte, que también tiene competencia para conocer de violaciones de derechos humanos de carácter continuo o permanente, aunque el primer acto de ejecución haya tenido lugar antes de la fecha del reconocimiento de competencia contenciosa de la Corte, si dichas violaciones persisten con posterioridad a dicho reconocimiento, puesto que se continúan cometiendo.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Caso miembros de la Aldea Chipuac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 30 de noviembre de 2016.

⁴⁶⁷ Ibid. Párrafo 20 de la sentencia.



En el caso citado, la Corte se declara competente para conocer los hechos por desaparición forzada, a la vez que hace referencia a su jurisprudencia constante en materia indígena, para señalar que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales, supervivencia étnica y material. Por tales razones, el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o integrantes, puede colocarlos en una situación de vulnerabilidad, que tiene secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural, lo que genera un riesgo de extinción, cultural o físico, por lo que los Estados deben adoptar medidas específicas de protección, en consideración a las particularidades de los pueblos indígenas, como son su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.⁴⁶⁸ Fácilmente se puede deducir de lo manifestado por la Corte, que en los casos de desplazamiento forzado, entre las condiciones que el Estado debe garantizar para hacer viable el retorno de las comunidades, está el derecho de propiedad colectiva de sus tierras o territorios. De manera, que la violación a ese derecho, también forma parte de la competencia de la Corte en el caso de desplazamientos forzados, cuando la relación especial con la tierra la mantienen las comunidades indígenas, independientemente de cuando abandonaron forzosamente sus tierras.

En el caso específico de violaciones continuadas al derecho de propiedad, la Corte desarrolla, lo que podríamos llamar la doctrina de las violaciones continuadas. Cita la Corte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que, en principio, el hecho de privar a una persona de la propiedad o del domicilio por medio de un acto administrativo, constituye un acto instantáneo. En estos casos, la competencia del tribunal se rige por la fecha de la consumación del acto. Pero seguidamente señala la Corte, que el referido Tribunal señala situaciones en donde la privación de la propiedad se considera continuada, precisamente por existir una continuidad de actos o de omisiones, o porque existen actos sucesivos o una serie de actos que le dotan de tal carácter.⁴⁶⁹ Entre los casos que cita la Corte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que

⁴⁶⁸ Ibid. Párrafo 176 de la sentencia.

⁴⁶⁹ Caso de los Pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano. Ob. Cit. Párrafo 40 de la sentencia.



constituyen violaciones continuadas están: la existencia de impedimentos para que el dueño de la propiedad haga uso y pueda disponer de la propiedad, por falta de acceso, la expropiación de facto y la falta de pago de indemnización compensatoria por la pérdida de la propiedad.⁴⁷⁰ No obstante, la Corte señala cuál es el punto medular para determinar si un acto es continuado o no, para el efecto cita al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que señala que un hecho constitutivo de violaciones a derechos es continuado, cuando dichas violaciones continúan o tienen efectos que en sí mismos constituyen violaciones.⁴⁷¹

Es evidente que, en el caso de la pérdida de la posesión del territorio, en cuanto al tema de la reivindicación de este, encaja perfectamente en el caso de actos continuados por la pérdida del territorio, cuando la víctima, que en este caso es una comunidad indígena, no puede hacer uso o no pueda disponer de la propiedad por falta de acceso. Este elemento encaja perfectamente en el elemento de la relación espiritual que las comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios, porque esa relación especial subsiste, mediante actividades esporádicas, y cuando no se pueden realizar esas actividades tradicionales, es consecuencia de que se les impide por actos de violencia o coerción. De manera, que la relación material y espiritual que las comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios despojados, mantiene vigente el derecho de recuperar las tierras cuya propiedad les pertenece, por haberlas poseído históricamente y materializa la naturaleza continua de la violación al derecho humano a la propiedad privada colectiva indígena, lo que otorga la competencia a la Corte Interamericana para resolver esos conflictos, independientemente de cuando ocurrió la pérdida de la posesión o despojo de las tierras.

3.9.2.1 El derecho de consulta de los pueblos o comunidades indígenas, como medio de defensa de la tierra o territorio

⁴⁷⁰ Ibid. Párrafo 41 de la sentencia.

⁴⁷¹ Ibid. Párrafo 50 de la sentencia.



El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, permite determinar que las comunidades indígenas tienen derecho al uso y goce de los recursos naturales del territorio. No obstante, el derecho de propiedad, tanto individual o colectiva, no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido por razones de interés social o utilidad pública. Derivado de las restricciones de que puede ser objeto la tierra o territorios indígenas, se deriva como mecanismo de defensa del territorio, el derecho de consulta a las comunidades indígenas. Este mecanismo fue delineado por la Corte en el caso del Pueblo Saramaka contra Suriname, porque cuando el Estado, como tuvimos la oportunidad de comprobar, toma medidas legislativas, administrativas o inicia proyectos de desarrollo en territorios indígenas, debe cumplir una serie de pautas y garantías. Además de los requisitos legales que operan para restringir la propiedad en todos los casos, están los requisitos especiales cuando se restringe la propiedad colectiva indígena de la tierra. Por ejemplo, con la restricción no se debe poner en riesgo la subsistencia del pueblo o comunidad, se le debe dar participación a la comunidad en la toma de decisiones (derecho a ser consultados) de conformidad con sus costumbres y tradiciones. Además, está el derecho de la comunidad a beneficiarse de la actividad que se lleve a cabo y se debe contar con estudios de impacto ambiental y social, que permitan determinar que no se producirán daños importantes a la tierra o territorios. De manera que, de las restricciones a que está sujeta la propiedad colectiva de la tierra, se deriva el principio de consulta a los pueblos o comunidades indígenas, como medio de defensa de esta, que permite verificar por parte de las comunidades indígenas que esos requisitos se cumplen. Por otra parte, cuando los planes o proyectos a ejecutar son de tal envergadura que ocasionarán un gran daño a la tierra o territorios, se debe obtener por parte del Estado el consentimiento libre, previo e informado por medio del procedimiento de consulta.





CAPÍTULO IV

4. ALCANCES CONSTITUCIONALES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROPIEDAD COLECTIVA INDÍGENA EN GUATEMALA

4.1 Consideraciones previas

El presente capítulo tiene por objeto la comprobación de la hipótesis planteada como respuesta al problema de la presente investigación. Lo que conlleva, en primer término, a determinar si por medio de la interpretación contextual, la regulación constitucional de la propiedad privada en el artículo 39 en Guatemala, comprende el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y en caso afirmativo, si la jurisprudencia generada por la Corte Interamericana, en relación con el artículo 21 de la Convención Americana, relativo a la propiedad colectiva indígena del territorio o de la tierra, es compatible con la Constitución, principalmente en lo relacionado con la cosmovisión y la relación especial que las comunidades indígenas tienen con la tierra, como fundamento de esa forma de propiedad, tomando en cuenta la regulación constitucional de las costumbres y forma de vida de los grupos étnicos de Guatemala.

4.2 La propiedad colectiva indígena en la Constitución de Guatemala

Se ha comprobado en los capítulos previos, que los pueblos indígenas en Latinoamérica y de Guatemala en particular, han estado históricamente excluidos, discriminados y expoliados en su fuerza de trabajo y en su fuente de riqueza más importante: la tierra. Ese olvido se refleja en gran parte de la historia constitucional de Guatemala. Al margen del intento de Mariano Gálvez de hacer avanzar los derechos sociales en general, fue hasta la quinta década del siglo XX, en la Constitución de 1945, que se reconoce los primeros derechos de los pueblos indígenas en este país.



El artículo 83 de la Constitución de 1945, que rigió durante la llamada Primavera Democrática de Guatemala, declara de utilidad y de interés nacional, la implementación de políticas públicas integrales para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas. De igual manera, disponía el texto constitucional, que se dicten leyes, reglamentos y una normativa especial para los grupos indígenas, que esté basada en las necesidades, condiciones, prácticas, usos y costumbres de ese sector de la población que es mayoría en Guatemala. Pero en la referida Constitución no se hacía mención alguna a la propiedad de las tierras comunales de los pueblos indígenas.

El artículo 96 indicaba que las tierras ejidales y de las comunidades que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles, inexpropiables e indivisibles. El mismo artículo señalaba que se debería dotar de terrenos a las comunidades que carecían de ellos. La Constitución en este caso, indudablemente se refería a grupos campesinos en general, los cuales podían o no ser indígenas, lo que está más acorde con la ideología de clases que existía en la época. Las reivindicaciones sociales eran dirigidas a grupos campesinos y obreros, como clase social contrapuesta a la burguesía. La especificidad de derechos indígenas era desconocida, como riqueza étnica y cultural a preservar y fortalecer.

El mérito de la Constitución de 1945, no obstante, es alto, si se considera que fue promulgada en una época en que la visión dominante, para resolver lo que se visualizaba como el problema indígena, eran las políticas públicas encaminadas a la integración de esos grupos a la vida nacional, como tuvimos la oportunidad de comprobar con el análisis del Convenio 107, que data de 1957. Es por ello por lo que, con mucha propiedad, Ordóñez Cifuentes advierte que, la Constitución a la que se hace referencia, fruto de la Revolución de 1945 y que está inspirada en la filosofía del denominado constitucionalismo social es



históricamente el primer texto constitucional de América Latina que aborda los derechos de los pueblos indios.⁴⁷²

Todos conocemos el final que el ensayo democrático tuvo en nuestro país, con un movimiento intervencionista extranjero y la posterior guerra interna que se desarrolla en el marco global de la guerra fría. No fue, sino en la Constitución de 1985, promulgada en una época en que ya había madurado mucho el movimiento de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, que se establecieron derechos específicos en favor de los grupos étnicos. Ordóñez Cifuentes nos ilustra al respecto, cuando manifiesta que nuevamente se da rango constitucional a los derechos étnicos de los pueblos indígenas, como efecto del emergente movimiento popular, la lucha de las ONG indígenas y de alguna manera, porque contribuye el movimiento popular armado, que entre sus postulados recoge el reclamo de los derechos indios.⁴⁷³ Esta Constitución tiene el mérito de incluir dentro de sus postulados en el apartado de derechos sociales, por primera vez el tema de la tierra comunal o colectiva indígena.

La Sección Tercera, del Título y Capítulo II, relativo a los Derechos Sociales, con el nombre de Comunidades indígenas, es dedicada a los derechos de los grupos indígenas de Guatemala, con especial referencia a las comunidades mayas. En relación con las tierras indígenas, que es el tema central de la presente investigación, el artículo 67 de la Constitución de Guatemala (En adelante simplemente artículo 67), está orientado a la protección de las tierras indígenas. Indica el referido artículo que las tierras de las comunidades indígenas o de cualquier otra forma de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, gozarán de especial protección del Estado. La disposición constitucional está orientada a garantizar la posesión y el desarrollo de las referidas tierras, por lo que

⁴⁷² Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. *Los rostros de las prácticas etnocidas en Guatemala*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala y Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, México, 1996. p. 66

⁴⁷³ Ibid. p. 82

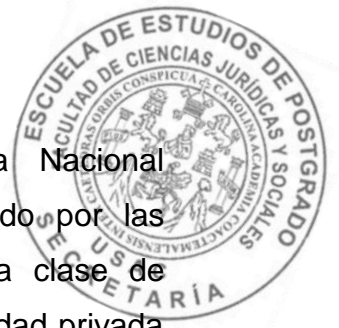


dispone dotarlas de asistencia crediticia y de técnica preferencial, para asegurar a todos los habitantes un mejor nivel de vida.

El segundo párrafo del artículo 66 de la Constitución, indica que las comunidades indígenas que tengan tierras que históricamente les pertenezcan y que administren tradicionalmente en forma especial, mantendrán ese sistema. El artículo 68 de la Constitución dispone que, mediante la implementación de programas especiales y una adecuada legislación, se debe proveer tierras estatales a las comunidades indígenas, que necesiten de estas para su desarrollo. El carácter programático de estas disposiciones constitucionales se acentúa, cuando señala el artículo 70 constitucional, que una ley específica regulará todo lo relativo a los derechos de pueblos indígenas. Ley que más de treinta y tres años después todavía espera ser aprobada.

4.3 Regulación de la propiedad privada en el artículo 39 de la Constitución

El artículo 39 de la Constitución vigente (En adelante simplemente artículo 39), regula la propiedad privada. Muchos autores destacan el carácter humanista de esta Constitución, lo que, sin duda, es cierto, por el amplio catálogo de derechos humanos que contiene, tanto individuales como sociales. Además, es una Constitución desde el punto de vista ontológico de carácter nominal, enfoque que es particularmente cierto en el tema de los derechos indígenas. Es importante reconocer la importancia de las novedosas instituciones que se incorporó al texto constitucional, como la Corte de Constitucionalidad y la Procuraduría de los Derechos Humanos, cuya función es, respectivamente, preservar la supremacía constitucional y limitar el poder del Estado en la tendencia histórica de violar los derechos humanos, lo que puede encaminarnos a una Constitución con real eficacia en el tema de derechos indígenas y particularmente en el reconocimiento de la propiedad colectiva o comunal.



La discusión de la propiedad privada en la Asamblea Nacional Constituyente, derecho cuyo enfoque siempre ha sido condicionado por las fuerzas reales de corte conservador del país, impide regular otra clase de propiedad que no sea la clásica del liberalismo conservador: la propiedad privada individual. El maestro García Laguardia, destaca como un ejemplo especialmente revelador, la redacción del referido artículo 39, que produjo una histórica discusión acerca de la función social de la propiedad privada, lo que ocasionó el enfrentamiento de las posiciones progresistas y conservadoras. Esto produjo, según el citado autor, un texto que está cargado de ambigüedad y contradicciones, como resultado de la permanente negociación y el arreglo final al que se arribó.⁴⁷⁴ Lo cierto es que, en el artículo 39, no se hace mención alguna a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y el único éxito, del cual se puede presumir producto de las negociaciones de los constituyentes, es la tímida e indirecta mención de la función social de la propiedad, en el sentido de que debe estar encaminada a alcanzar el desarrollo nacional para el beneficio individual y general de todos los guatemaltecos.

Una Constitución, como ya se evidenció, siempre debe tener la pretensión de ir mucho más allá de las intenciones de quienes la redactaron. La Constitución una vez promulgada adquiere vida propia y debe ajustarse a las exigencias históricas, a manera de propiciar una mejor protección a los derechos fundamentales, principalmente de carácter social y colectivo, que por las limitaciones de carácter fáctico se diseñan en forma programática. Esto se logra a través de dos mecanismos, las reformas constitucionales y los métodos de interpretación del constitucionalismo moderno.

El artículo 39 de la Constitución, bajo el acápite de “Propiedad Privada”, dispone que se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Luego agrega, que toda persona puede disponer libremente de

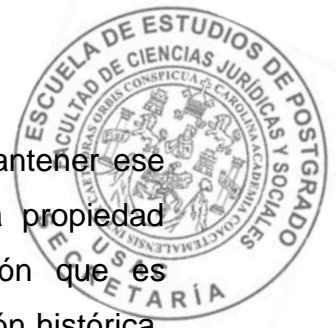
⁴⁷⁴ García Laguardia, Jorge Mario. *La Constitución guatemalteca de 1985*. Cuadernos Constituciones de México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992. p. 10



sus bienes de acuerdo con la ley. El ser humano es el actor principal de este derecho fundamental, por lo que pareciera que esta norma fundamental, privilegia la propiedad privada individual, como la única propiedad merecedora de pleno reconocimiento constitucional. Por otra parte, está el mandato constitucional de brindar protección especial a las tierras de las comunidades indígenas, que se encuentra en otra norma constitucional, el artículo 67. El análisis aislado de los artículos 39 y 67, puede llevar a la errónea conclusión de que la propiedad colectiva o comunal indígena, no está reconocida por el artículo 39, como un derecho de los pueblos indígenas y precariamente concluir que está reconocida en el artículo 67.

Es importante determinar, que la doctrina y la opinión prevaleciente en la jurisprudencia constitucional, rechaza la interpretación literal o gramatical de la Constitución. Esta corriente del derecho constitucional moderno es apoyada por Monroy Cabra, cuando resalta precisamente que, en cuanto a técnicas de interpretación, la doctrina rechaza la interpretación literal y se inclina por una interpretación evolutiva, de acuerdo con las exigencias sociales que existen en el momento en que se lleva a cabo la interpretación.⁴⁷⁵ La interpretación prevaleciente es la evolutiva en materia constitucional, porque toma en cuenta los principios y valores constitucionales y las exigencias del momento histórico para tutelar en forma adecuada los derechos humanos fundamentales. De manera, que la idea del no reconocimiento de la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas, puede estar falsamente reforzada por el hecho que también el artículo 67 en ningún momento recoge de manera expresa la palabra propiedad de las tierras indígenas. Aunque, si lo hace de manera indirecta, cuando señala que las tierras de las comunidades indígenas, además de las tierras de cooperativas, otras formas de tenencia comunal o colectiva de “propiedad agraria”, como el patrimonio familiar y la vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado. Equipara la propiedad colectiva indígena a propiedad agraria. Además, hace referencia a que las tierras que “históricamente pertenecen a las comunidades indígenas” y

⁴⁷⁵ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, D. C., Colombia, 2007. P. 204



que tradicionalmente han administrado en forma especial, podrán mantener ese sistema. Esta es la disposición más importante, porque separa la propiedad colectiva indígena del elemento agrario y establece una condición que es primordial para establecer la propiedad colectiva de la tierra: la posesión histórica. Esto implica que el derecho de propiedad colectiva si está reconocida en la Constitución.

Se afirma que el derecho de propiedad colectiva indígena está reconocido en la Constitución. Pero el artículo 67 no hace un reconocimiento claro y literal de la propiedad colectiva o comunal indígena. De manera que, en una interpretación contextual, se debe ubicar ese reconocimiento en el artículo 39 que, bajo el acápite de propiedad privada, regula el derecho de propiedad. Esa situación ha permitido que algunos sectores, haciendo una interpretación sesgada, nieguen el reconocimiento constitucional de esa forma de propiedad. Esto se puede evidenciar en algunos de los amparos planteados en la Corte de Constitucionalidad, en los casos en que están en juego asuntos relacionados con la propiedad colectiva o comunal, en los que se privilegia, por la parte que defiende los intereses antagónicos a la propiedad colectiva de la tierra indígena, el fetichismo legal del título de propiedad debidamente registrado. Por ejemplo, en la impugnación planteada por la Cámara de la Industria y la Cámara del Agro, contra el Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, indican que las normas impugnadas del citado reglamento, amenazan el respeto a derechos adquiridos legítimamente por personas individuales que son propietarias de bienes inmuebles y quienes pueden ser despojados de sus propiedades “sin ningún título avalado por la ley o enmarcado en ley”.⁴⁷⁶ El título de propiedad con su respectivo registro es la carta de identidad de la propiedad privada de la tierra en Guatemala; muchos aseguran que esta forma de propiedad, con su enfoque individualista, es la única que está reconocida por el

⁴⁷⁶ Expediente 4334-2009, Gaceta número 96, sentencia de inconstitucionalidad general parcial, de fecha 1 de junio de 2010, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

artículo 39, constitucional. En todo caso, se acepta la propiedad colectiva indígena, si está debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad.



La estructura aparentemente individualista del artículo 39, relativo a la propiedad privada, no es muy distinto de la configuración del artículo 21 de la Convención Americana. La Convención señala que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Constitución, por su parte, establece que se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Los dos instrumentos legales hacen referencia al ser humano, como núcleo y razón de ser de los derechos humanos.

En cuanto a la regulación de la propiedad privada en la Convención, la Corte Interamericana, como ya tuvimos oportunidad de comprobar en el capítulo anterior, mediante una interpretación evolutiva, considera que la Convención es un instrumento vivo, para arribar a la conclusión, establecida en su jurisprudencia, que el reconocimiento que hace el artículo 21 de la propiedad privada, se amplía a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Hace una interpretación extensiva, tomando como base los parámetros de interpretación que establece el artículo 29.b de la misma Convención, que prohíbe que se interprete limitando el goce y ejercicio de los derechos o libertades, que puedan estar reconocidos por las leyes de los Estados Partes o que estén establecidos en otra convención de la que sea parte un Estado determinado.

La interpretación contextual y extensiva del artículo 39, como sucede con el artículo 21 de la Convención, permite concluir que reconoce la propiedad colectiva o comunal indígena. De manera que, el artículo 67 es un derivado de ese reconocimiento de la propiedad colectiva, con relación específica a la tierra. La Corte de Constitucionalidad ha analizado el preámbulo de la Constitución, señalando que puede constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre el alcance de un precepto constitucional. El preámbulo hace énfasis en la primacía de la persona humana y la Corte de Constitucionalidad expresa que esta



circunstancia no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que se pretenda considerar, que está vedada la intervención estatal para proteger a la comunidad social y desarrollar los principios de seguridad jurídica y justicia.⁴⁷⁷

Por su parte, Riccardo Guastini hace referencia a la muy difundida doctrina de interpretación constitucional evolutiva, que se distingue por atribuir al texto constitucional un significado diverso del histórico, es decir, del que tenía al momento de su creación. Agrega, que la Constitución tiene un significado siempre mutable, para adaptar el contenido normativo a las mudables exigencias políticas y sociales.⁴⁷⁸ Si bien al momento de la creación de la norma del artículo 39, que protege a la propiedad privada, los constituyentes tenían presente al ser humano como titular de ese derecho, es una interpretación que a más de treinta y tres años de su vigencia, necesariamente debe variar para proteger la propiedad del ser humano en su dimensión colectiva en forma plena.

Esta exigencia interpretativa se impone, porque la Constitución, al igual que la Convención Americana, es una Constitución viva, que tiene la pretensión de regir la actuación del Estado y las relaciones sociales por tiempo indefinido, es decir que hay una pretensión de permanencia, lo que demuestra que su diseño, con los valores supremos de privilegiar la dignidad humana y el bien común, es lo suficientemente dinámico para adaptarse a las necesidades históricas de protección de derechos fundamentales de entes colectivos, como los pueblos o comunidades indígenas, que están conformadas por seres humanos, que se asocian siguiendo una tendencia social natural, que además es un derecho fundamental de acuerdo con el artículo 34 de la Constitución, que establece el derecho de asociación. Bien lo explica Londoño-Toro, que los derechos colectivos deben ser reconocidos como derechos humanos justiciables, su naturaleza es difusa (individual-colectiva). Agrega que comparten su naturaleza jurídica con los

⁴⁷⁷ Expediente 12-86, Gaceta 1, inconstitucionalidad de carácter general, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

⁴⁷⁸ Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001. p. 264



derechos económicos, sociales y culturales, por lo que requieren acciones por parte del Estado para hacerlos efectivos.⁴⁷⁹

Es importante, empero, aclarar que la interpretación extensiva del artículo 39 hacia la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas, no surge por intuición o de la nada. Tiene como base una sólida interpretación contextual de normas y valores que están contenidas en el mismo texto constitucional. Fernández Suárez, citando a Máynez, explica que toda interpretación debe reunir dos exigencias, una lógica y otra axiológica. Seguidamente relata, que la primera hace referencia al principio de interpretación contextual, del texto por el texto; en tanto la segunda, a los juicios axiológicos inspiradores del sistema del que forma parte el precepto. Concluyendo de esta manera, que la interpretación será, aquella que, sin violentar el sentido contextual de la expresión interpretada, realice en mayor medida, en lo que a la especie respecta, esos supremos principios.⁴⁸⁰

Es preciso tener presente que la Constitución contiene valores y principios que buscan su máxima optimización. El artículo 39 contiene el principio de protección de la propiedad privada y el artículo 67 el principio de protección especial de las tierras comunales indígenas. Ambos buscan su máxima realización o desarrollo en la protección del derecho fundamental que tutelan. Los principios constitucionales no pueden *per se*, tener menor valor que otro. Los dos valen y tienen el mismo peso valorativamente hablando. Por esa razón, al contextualizar los dos principios, necesariamente el derecho de propiedad comunal indígena, está contenido en el artículo 39, como parte del derecho de propiedad en general.

El sentido nuevo del artículo 39 no contradice el resto de las normas constitucionales, por el contrario, armoniza con el artículo 67. Las bases de esta interpretación están desde la creación de la Constitución. Además, armoniza con

⁴⁷⁹ Londoño-Toro, Beatriz. Balance de la Universidad del Rosario *¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?* En *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. Beatriz Londoño-Toro (Comp.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2009. p. 21

⁴⁸⁰ Fernández Suárez, Jesús Aquilino. *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, España, 1991. P. 166



el Convenio 169 de la OIT y con el artículo 21 de la Convención Americana, que reconocen la propiedad colectiva del territorio y la tierra indígenas, de los cuales Guatemala es Estado parte. El fundamento para otorgar una protección especial a las tierras colectivas o comunales indígenas es precisamente la propiedad que estos ejercen sobre esas tierras y la situación de vulnerabilidad histórica que tienen en la tenencia de las tierras comunales, porque muchas son propiedades que están basadas en la posesión, como parte de las prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas, lo que facilita el despojo o usurpación de estas. Bravo de Mansilla, en cita de Ferrara, acota que el sentido nuevo de la norma interpretada, no se debe contradecir, con otras normas, precisamente, porque están en armonía con el sistema, de tal modo que la interpretación evolutiva sea una exigencia cuando es el sentido originario de la norma el que ya no se adapta a la dirección de la realidad.⁴⁸¹ El sentido originario del artículo 39, que no se ajusta a la realidad es el sentido literal, pero desde la creación de la Constitución por la Asamblea Nacional Constituyente, estaba subyacente en el artículo 39 el derecho de propiedad colectiva indígena y de ahí se origina la regulación especial del artículo 67.

En el momento de la creación de la norma constitucional del artículo 39, esta adquiere un sentido originario dinámico y mudable, porque está acompañada con una serie de principios y valores que forman parte de la Constitución. Este sentido originario y mudable es independiente de las intenciones del Constituyente. Desde el momento que en la década de los años noventa, se aprueba el Convenio 169, que es ratificado por Guatemala, se materializan de una manera muy definida, en el derecho internacional de los derechos humanos, los derechos específicos de los pueblos indígenas, como es el derecho a la propiedad colectiva de las tierras que han poseído históricamente, por haber sido habitadas por sus ancestros. Este derecho, que aún en el supuesto que faltara la ratificación del Convenio 169 por el Estado de Guatemala, viene a impregnar de un nuevo contenido el artículo 39, en virtud del reconocimiento que hace el artículo 44,

⁴⁸¹ Cerdeira Bravo de mansilla, Guillermo. *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*. Editorial Reus, S. A., Madrid, 2013. p. 168

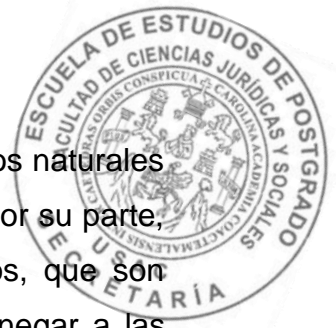
porque la Constitución no excluye otros derechos y garantías que, aunque no figuren expresamente en su texto, son inherentes a la persona humana.



Por eso bien lo expresa Ferrara, nuevamente en cita de Cerdeira Bravo de Mancilla, que la adaptación a la nueva realidad social, debe hacerse desde la razón de la norma, y no desde la intención del legislador, porque inevitablemente, enfatiza, la intención del legislador no puede ser más que la originaria de la norma constitucional.⁴⁸² El grado de generalidad y abstracción que posee el artículo 39, permite considerar que la propiedad colectiva o comunal está incorporada en su contenido, adaptándose a la nueva realidad creada por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, para cuya aprobación Guatemala votó a favor, junto a 142 países más. Con fundamento en el principio *pro homine*, que también es una herramienta hermenéutica importante en el campo de los derechos humanos, se debe hacer una interpretación extensiva, favoreciendo el reconocimiento del derecho de propiedad colectivo indígena.

Se puede argumentar que las disposiciones del Convenio 169, ingresan por el artículo 44 constitucional al ordenamiento jurídico interno, las cuales tienen preeminencia sobre el derecho interno en virtud del principio establecido en el artículo 46 de la Constitución. Si bien se puede recurrir al bloque de constitucionalidad, sin intentar la interpretación evolutiva de la Constitución, es como aceptar que esta tiene limitaciones conceptuales y axiológicas, demostrando incapacidad de adaptarse a la nueva realidad existente. El artículo 39 armoniza no solamente con el artículo 67, sino con las disposiciones del Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, reconociendo el derecho de propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas. Además, armoniza con el artículo 21 de la Convención Americana. Por último, también concuerda con el artículo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hace referencia a la libre

⁴⁸² Ibid. p. 144



determinación de los pueblos, lo que incluye el libre uso de sus recursos naturales y la prohibición de privar a un pueblo de los medios de subsistencia. Por su parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que son aplicables a los pueblos indígenas, que establece que no se podrá negar a las minorías el derecho de gozar en comunidad de su cultura, lo que incluye sus formas de vida ligada al territorio comunal o colectivo.

La interpretación evolutiva del artículo 39, no lesiona el principio de seguridad jurídica, como en algún momento podría argumentarse. Está basada en valores y principios que son pilares del sistema democrático del Estado constitucional de Derecho. Principios como el bien común, igualdad y la justicia. Además, el principio de multiculturalidad, reconocido en la sección relativa a las comunidades indígenas. El reconocimiento del derecho de propiedad colectiva o indígena, da certeza al ejercicio del derecho humano de propiedad, que de acuerdo con sus costumbres practican las comunidades indígenas.

El no reconocimiento del derecho de propiedad colectiva indígena, sería discriminatorio, en violación al artículo 4 de la Constitución y los pondría precisamente en una situación de falta de certeza jurídica. Esta situación es contradictoria con el mandato de protección especial que contiene el artículo 67. Indica Celín Arce, que la interpretación de la Constitución debe ser evolutivo, y no debe anquilosarse, bajo pena de petrificar las soluciones en aras de una pseudo seguridad jurídica, que pueda servir de altar para inmolar la supremacía de la Constitución, la dignidad y justicia.⁴⁸³ El artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, prohíbe toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que esté basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o que dé por resultado la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce y ejercicio, en condición de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en la esfera económica, social, política y cultural. Esta disposición es perfectamente aplicable

⁴⁸³ Arce, Celín. *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional*. Constitución. EUNED, San José, Costa Rica, 2008. p. 50



al derecho de reconocimiento de la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas, que por la relación especial que sus titulares tienen con la tierra o territorios, es determinante en todas las esferas de la vida, por lo que la falta de reconocimiento, menoscaba derechos económicos, sociales y culturales.

Es importante insistir que el principio *pro homine* o *pro personae*, apoya la interpretación extensiva del artículo 39, para reconocer, con el mismo nivel de protección, la propiedad privada individual y la propiedad colectiva o comunal. Es más, la protección especial que otorga el artículo 67, significa que por las especiales características de la propiedad colectiva de las tierras indígenas, merece una mayor protección que la protección genérica que le proporciona el artículo 39. Expresa Celín Arce, al referirse al enfoque que la Sala IV Constitucional de Costa Rica tiene en relación con la interpretación de la Constitución que, en el derecho constitucional, existen imperativos de interpretación, los cuales suponen *per se*, una hermenéutica que está en permanente evolución y cambio, como los principios de interpretación más favorables para la eficacia de los derechos fundamentales, entre los que está el *pro homine*. Este principio favorece la ampliación del contenido de las normas constitucionales, en garantía de la persona humana y la interpretación conforme con el derecho de la Constitución.⁴⁸⁴

En la opinión consultiva solicitada por el Congreso de la República, para determinar la constitucionalidad del Convenio 169, la Corte de Constitucionalidad afirmó que la obligación de los gobiernos (aunque en realidad es de los Estados) de respetar la especial importancia que tienen para las culturas (indígenas) la relación con las tierras o territorios, pero también el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que ocupan tradicionalmente, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66,

⁴⁸⁴ Ibid. p. 51



67 y 68 de la Constitución.⁴⁸⁵ Se entiende que para efectos prácticos, la Corte se apoya en los referidos artículos, para determinar la compatibilidad del Convenio 169 con la Constitución, pero desde el momento que los artículos en referencia no establecen en forma expresa la propiedad colectiva de la tierra, sino una protección especial, el derecho de propiedad colectiva, siendo que la Constitución constituye un sistema, proviene del artículo 39, que regula el derecho de propiedad en términos generales.

Un aspecto revelador de la opinión consultiva que expresa la Corte de Constitucionalidad es que la Constitución garantiza la propiedad como un derecho inherente a la persona (artículo 39), por lo que en el caso que las tierras que ocuparan los pueblos interesados, fuesen propiedad de una persona “distinta”, esta tiene los medios legales para reivindicarlas y para afectar su derecho de propiedad se tendría que recurrir a un procedimiento legal, que establece la misma Constitución, para la expropiación por razones de utilidad colectiva, interés público o beneficio social, establecido en el artículo 40 constitucional.⁴⁸⁶ El razonamiento de la Corte demuestra que cuando dice “persona distinta” es consecuencia de que toma a los pueblos interesados como personas (entes colectivos con personalidad jurídica), cuyo derecho de propiedad, al igual que el de las personas distintas, está reconocido en el artículo 39. Por otra parte, se deduce que el derecho de reivindicación corresponde por igual a las personas distintas y a los pueblos interesados sobre las tierras que ocupan. Esto implica que el artículo 39, protege en la misma medida el derecho de propiedad privada individual y el derecho de propiedad colectiva indígena. La propiedad colectiva indígena, que es un concepto amplio, comprende la propiedad de la tierra, los recursos naturales y cualquier otra forma de propiedad, que de acuerdo con su cultura practiquen los pueblos indígenas. Si la protección de la propiedad privada individual y la colectiva, se da constitucionalmente en la misma medida, el derecho de reivindicación está

⁴⁸⁵ Expediente 199-95, opinión consultiva sobre la constitucionalidad sobre Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, sentencia de fecha 18 de mayo de 1995, Gaceta 36, Corte de Constitucionalidad de Guatemala. p. 10 de la sentencia.

⁴⁸⁶ Loc. cit.



determinado, no porque *per se* una propiedad valga más que la otra, sino porque la propiedad colectiva de la tierra es anterior y originaria, porque cumple de mejor manera la necesidad de afectar una propiedad por utilidad colectiva, interés público o beneficio social, porque, la propiedad colectiva de la tierra, protege la forma de vida y la cultura de una colectividad. Pero en términos generales, cualquiera de las dos clases de propiedad puede ser afectada o sufrir restricciones, si el análisis del cada caso concreto determina esa necesidad en beneficio de la sociedad.

Es importante precisar, que el derecho de propiedad como derecho constitucional, reside en el artículo 39, que lo reconoce como un derecho fundamental en general, es decir que debe comprender las distintas clases de propiedad, de la que una persona, individual o colectiva, puede ser titular. En tanto el artículo 67, únicamente hace referencia a la protección especial a la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas. Una comunidad indígena, puede tener bienes en forma colectiva distinta de la tierra, por ejemplo, ganado o cultivos que trabajen en forma comunal, está además el derecho de propiedad intelectual o industrial de los diseños típicos que pertenece a toda la comunidad, por ser producto de una construcción histórica colectiva, con lo cual se debe aceptar que el artículo 67, solo puede brindar fundamento para la protección de la propiedad colectiva de la tierra, pero no otra clase de bienes colectivos que las comunidades indígenas posean. El verdadero artículo que protege la propiedad colectiva, en términos generales, es el artículo 39 de la Constitución.

Finalmente, es importante concluir que, con la aplicación de las técnicas de interpretación del derecho constitucional moderno, la propiedad colectiva o comunal de las tierras indígenas está comprendida en la norma constitucional que garantiza la propiedad, que es el artículo 39, de acuerdo con el fin que la Constitución, como pacto social persigue de afirmar, desde su preámbulo, la primacía de la persona humana, como sujeto y fin del orden social y la consecución del bien común, en condiciones de igualdad en una sociedad



democrática. El artículo 67 brinda una protección especial de la propiedad de la tierra que en términos generales está contenida en el artículo 39, en consideración a las características especiales de la propiedad colectiva o comunal de las tierras indígenas.

4.4 Compatibilidad de los principios o criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana sobre la propiedad colectiva o comunal indígena de la tierra, con la Constitución de Guatemala

La tierra colectiva o comunal indígena es una forma especial de propiedad, basada en prácticas históricas de los pueblos indígenas y una relación espiritual con la tierra o territorios. Es importante establecer si desde la Constitución se delinean estos elementos especiales de la propiedad colectiva, como lo ha establecido la Corte Interamericana, al desarrollar el derecho de propiedad colectiva del territorio o la tierra indígena, desde el contenido del artículo 21 de la Convención Americana, determinando si es compatible el texto constitucional con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

4.4.1 La posesión tradicional o ancestral de la tierra colectiva o comunal indígena

Para determinar la existencia de la propiedad colectiva o comunal de la tierra indígena es fundamental establecer si el pueblo o la comunidad indígena la han poseído y ocupado históricamente. Para los grupos indígenas, a diferencia de los grupos tribales, según lo establecido por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte, es la continuidad histórica en la posesión de la tierra desde la Conquista o colonización de los territorios, lo que determina el derecho de propiedad, con los mismos efectos que un título de propiedad debidamente registrado. Esto, al menos que se pierda la posesión de la tierra o territorio.



En los capítulos anteriores, acreditamos que los grupos mayas y xincas, descienden de las comunidades indígenas de la época precolombina. Cumplen el elemento esencial para ser considerados y autodefinirse como indígenas de conformidad con el artículo 1.b del Convenio 169. Derivado de la continuidad histórica que tienen como habitantes del país, la posesión de la tierra o territorio es el elemento principal para acreditar la propiedad. La posesión actual es un signo que demuestra que históricamente han conservado el territorio o la tierra, bajo la forma de propiedad colectiva o comunal, lo que constituye una forma de acreditar la propiedad de acuerdo con el derecho indígena, que está comprendido dentro del término “costumbre” y “tradiciones” del artículo 66 constitucional. Derecho que también se conoce como derecho consuetudinario, con la salvedad que “consuetudinario” es un concepto propio del derecho occidental.

La posesión tradicional y actual de la tierra es un principio reconocido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia para acreditar la propiedad colectiva de la tierra indígena. De esa situación fáctica, la Corte deriva el derecho de propiedad de las tierras comunales o de propiedad colectiva, aun cuando no exista un título de propiedad bajo las formalidades establecidas por el Estado. Origina, además, de acuerdo con la Corte, en aras de la seguridad y certeza jurídica del derecho de propiedad, la obligación del Estado de extender los títulos de propiedad, cuando sean requeridos por las comunidades.

Es por ello que, en las consideraciones de la Corte Interamericana, se destaca la importancia que el Estado debe conceder al derecho consuetudinario para el reconocimiento de la propiedad indígena. Precisamente el aspecto importante que forma parte del derecho consuetudinario y que la Corte eleva a elemento esencial para acreditar la propiedad indígena sobre la tierra es la posesión tradicional, o lo que es lo mismo, ancestral de la tierra. La sentencia del caso de la comunidad Mayagna (Awas) Tingni, señala que como resultado de la costumbre, la posesión tradicional de la tierra, debe ser suficiente para que las comunidades indígenas, que carecen de un título real de propiedad, obtengan el



reconocimiento del Estado de la propiedad de la tierra y que se haga consecuentemente el registro correspondiente.⁴⁸⁷ Este elemento también está plenamente reconocido en la Constitución de Guatemala. No solo porque el artículo 66 reconoce las costumbres, tradiciones y formas de organización social de las comunidades indígenas, dentro de la cual se encuentra la práctica consuetudinaria de la posesión de la tierra, como una práctica social que demuestra la propiedad con efectos *erga omnes*, sino también, porque el artículo 67 claramente establece que las comunidades indígenas que tengan tierras que históricamente les pertenecen, mantendrán ese sistema.

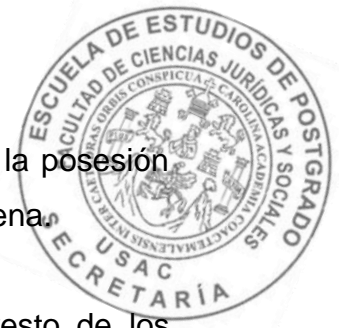
En conclusión, la costumbre indígena, expresada en la posesión tradicional de la tierra, debe bastar para que el Estado de Guatemala, extienda a las comunidades indígenas el título de propiedad registrable de las tierras que les pertenecen históricamente, demostrado por medio de la posesión de la tierra y como resultado puedan registrarla.⁴⁸⁸ Este principio es perfectamente compatible con la Constitución de la República de Guatemala. El fundamento es el elemento objetivo de la posesión tradicional, el mandato de protección constitucional de las tierras comunales indígenas y la obligación del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos, como el artículo 21 de la Convención Americana y el artículo 14.1 del Convenio 169.

4.4.2 La relación especial material y espiritual de la comunidad indígena con la tierra, que configura una parte importante de su cosmovisión

El otro elemento trascendental para establecer la existencia de la propiedad colectiva o comunal de las tierras o territorios indígenas es la relación especial que el pueblo o comunidad tiene con la tierra. Este elemento es tan importante, que determina el derecho de propiedad sobre la tierra comunal o colectiva, aun cuando no se tiene la posesión actual de esta. Es el fundamento para exigir la

⁴⁸⁷ Caso de la Comunidad (Awas) Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. párrafo 151 de la sentencia.

⁴⁸⁸ Loc. cit.



reivindicación del territorio o la tierra indígena, cuando se ha perdido la posesión por causas que son ajenas a la voluntad del pueblo o comunidad indígena.

Los pueblos indígenas de Guatemala, como sucede con el resto de los pueblos indígenas del continente americano, tienen una vinculación y relación especial con la tierra o territorios. Por lo que es importante determinar si ese significado tiene alcances constitucionales.

La interpretación evolutiva permite comprobar que la propiedad colectiva o comunal, está comprendida en la regulación de la propiedad privada del artículo 39 de la Constitución. Además de la especial protección que brinda el artículo 67. La propiedad colectiva o comunal de la tierra indígena, está relacionada con aspectos culturales del grupo indígena. La relación especial con la tierra, se manifiesta a través del vínculo espiritual, expresado en ideas religiosas y tradiciones que forman parte de su cosmovisión. El artículo 66 de la Constitución, reconoce las formas de vida y tradiciones de los grupos étnicos.

Por su parte, el artículo 58 de la Constitución, reconoce el derecho de las personas y comunidades a la identidad cultural de acuerdo con sus valores, lengua y costumbres. Es evidente que en estas disposiciones constitucionales se enmarca la relación espiritual de los grupos indígenas con la tierra, que forma parte de su cosmovisión. Esta disposición está relacionada con el artículo 66 y 67 de la Constitución. De esta manera se vincula la identidad cultural, expresado en la cosmovisión indígena sobre la relación con la tierra y el derecho de propiedad colectiva o comunal del territorio. La identidad cultural es una forma de propiedad inmaterial que poseen las comunidades indígenas. Que en el caso de la Constitución de Guatemala está garantizada y protegida por el artículo 58, directamente vinculado con los artículos 39 y 67 del texto constitucional. En este punto, es importante traer a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que indica que los “bienes” pueden definirse como aquellas cosas materiales apropiables, así como los derechos que forman parte del patrimonio de una



persona, concepto que comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.⁴⁸⁹ De manera que el derecho de identidad indígena, al vincularlo con el artículo 39, se convierte en un derecho de propiedad inmaterial de las comunidades y vinculado con el artículo 67, en un fundamento para la propiedad colectiva o comunal de la tierra indígena.

Alarcón-Cháires expresa que las culturas indígenas han desarrollado todo un sistema de mitos, creencias y ritos, que se agrupan en una cosmovisión relacionada con la naturaleza que la distingue culturalmente. Agrega, que para estos grupos o comunidades humanas, la naturaleza tiene una cualidad sagrada que está prácticamente ausente en el pensamiento de corte occidental. Dentro de esta cosmovisión la tierra es venerada, respetada y su inalienabilidad se ve reflejada en prácticamente todas las cosmovisiones indígenas.⁴⁹⁰ De manera que la tierra es punto central de la cosmovisión indígena, como efectivamente lo es para los grupos indígenas de Guatemala, principalmente de las étnicas mayas. Esa cosmovisión de los pueblos indígenas de Guatemala, relacionada con la tierra o territorios indígenas, está protegida por el derecho a la identidad cultural del artículo 58 de la Constitución.

Destaca Raúl Rodríguez, el especial significado que tiene la tierra para los indígenas en la cultura guatemalteca. La tierra es sagrada, subraya, es la madre que da comer a sus hijos y como toda madre, se le debe querer y respetar. La Madre Tierra es la madre de todos, todos son sus hijos, por eso mismo la tierra tiene que ser de todos, y no de unos pocos.⁴⁹¹ Por esa razón, la pérdida de ese vínculo con la tierra determina la pérdida del derecho de propiedad colectiva. Indica del citado autor, que uno de los problemas principales de los indígenas

⁴⁸⁹ Ibid. Párrafo 144 de la sentencia.

⁴⁹⁰ Alarcón-Cháires, Pablo. *La etnoecología. Hacia una transición epistemológica de la ciencia*. En Enfoques metodológicos críticos e investigación en ciencias sociales. Luis Ilanos Hernández, María Antonieta Goytia Jiménez y Arturo Ramos Pérez (Comps.), Editores Plaza y Valdez, México, 2004. p. 164

⁴⁹¹ Rodríguez, Raúl. *Los refugiados guatemaltecos en México*. En La etnografía de Mesoamérica meridional y el área circuncaribe. II coloquio Paul Kirchoff. Andrés Medina (Comp.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, México, 1996. P. 157



guatemaltecos, son los asentamientos en lugares distintos al de su origen. Esto rompe el vínculo cultural con el espacio físico y temporal. La tierra es un símbolo que representa sus raíces y su indianidad. La tierra es el hogar del más importante Dios indígena. El Dios Mundo.⁴⁹² Pudimos determinar en el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana, que la condición primordial para que los pueblos indígenas puedan reivindicar sus tierras, es mantener la relación espiritual con ellas. Una vez perdida esta, ese derecho de reivindicación desaparece.

La relación del indígena con la tierra en Guatemala es determinante para las actividades indígenas. Raúl Rodríguez lo expresa, cuando indica que en algunas de las comunidades mayas, se consulta al Shaman por parte de los indígenas tradicionales, para poder empezar el ciclo agrícola, que se inicia practicando ritos religiosos en la propia milpa, para pedir perdón a la tierra por romperla, lo que se hace con el propósito de aplacar al Dios Mundo.⁴⁹³, pero para determinar el derecho a la tierra por parte de los pueblos indígenas, la producción no debe ser un elemento determinante, porque no es esta, sino la relación espiritual lo determinante. Por esa razón es que la Corte Interamericana aclara en su jurisprudencia, que la relación con la tierra no puede basarse únicamente en la posesión y la producción, porque existe un elemento material y también espiritual del que los indígenas gozan a plenitud, que les permite preservar el legado cultural y poderlo transmitir a las futuras generaciones.

La cosmovisión de cada grupo humano es distinta a la que profesan los demás. Pero sorprendentemente en el caso de los pueblos indígenas, tienen elementos comunes, que la hacen muy similares. Así, la cosmovisión maya no es muy distinta de la cosmovisión de otros pueblos amerindios, principalmente en lo relacionado a la tierra y el territorio.

Es importante destacar las creencias mayas en relación con la tierra en sentido amplio: En el caso de los mayas, indica Ceceña, que la concepción

⁴⁹² Ibid. p. 160



precolombina de la relación con tierra, viene a ser fuente y vida, pero al mismo tiempo es historia, porque es el lugar donde cohabitan los muertos con los vivos. Para los mayas, acota el autor, la tierra es “nuestra madre” que siempre está acompañada de la montaña, que representa la masculinidad. Es solo mediante la combinación de ambos que surge o emana la vida de la tierra: es el símbolo de la dualidad original que se manifiesta en el conjunto montaña-valle, como en la masculinidad-femenidad.⁴⁹⁴ Vemos como la cosmovisión maya se moldea conforme las características orográficas de la región mesoamericana, terrenos quebrados y montañosos, como la mayoría del territorio guatemalteco. La tierra representa lo femenino, la madre y lo masculino lo representa la montaña, expresan los mayas en su cosmovisión. Caemos en la cuenta de que el principio general común a todas las culturas amerindias es la representación de la dualidad masculino-femenino.

Existe además una relación entre el maíz, alimento sagrado de los mayas y la tierra. Indica Rancancoj, como el *Popol Wuj*, relata la creación de los hombres de maíz, por lo que los mayas consideran la vida misma como sustancia de este producto agrícola.⁴⁹⁵ El maíz se vuelve eje central de la cosmovisión maya por lo que está presente en todo momento. Porque al ser formados los hombres de maíz, todos los elementos de la vida de los mayas, está relacionado con ese alimento primordial, por ello está omnipresente en cada elemento de la cultura y en la religión de los pueblos mayas. De esa importancia que alcanza el maíz, hace derivar Rancancoj, siguiendo las ideas de Girard, la relación entre este y la tierra, cuando expresa, que inmediatamente después de la formación de los hombres de maíz, los formadores les hacen conocer lo que hay en la tierra, les ordenan trabajarla, de donde arranca la idea de la propiedad de la tierra, es decir, la concepción de que la tierra es un legado divino y que está dado únicamente en usufructo a la población, por lo que no se puede dividir ni ser apropiada en forma

⁴⁹⁴ Ceceña, Ana Esther. *Alternativa y sustentabilidad: alternativa de los pueblos*. En Desarrollo agrícola y rural en el tercer mundo en el contexto de la mundialización. Editorial Plaza y Valdés, S. A. de C. V., México, D. F. 2004. p. 593

⁴⁹⁵ Rancancoj A. Víctor M. *Socio-economía maya precolonial*. 2ª edición, Fundación Chomalsaj, Guatemala, 2006. p. 37



personal.⁴⁹⁶ Los hombres mayas (hombre y mujer), tienen su origen en la tierra, porque el maíz, el alimento del cual fueron formados, germina y crece en la tierra, por esa razón, visualizan a la tierra como la madre proveedora de vida.

La concepción de que todo está relacionado: tierra, maíz, hombre, religión y cultura; proviene de la idea maya de que todos los elementos del mundo tienen vida. Indica Thompson, citado por Rancancoj, que el maya es animista de todo corazón, cree que toda la creación es vida y está activa. Que los árboles, piedras, son seres animados que le ayudan o se le oponen. Para el maya el cultivo es un ser vivo y debe propiciárselo. Por esa razón, cuando el maya abate la selva para hacer su milpa, pide perdón a la tierra por desfigurar su raíz, de igual forma cuando mata a un animal del monte se excusa pidiendo perdón basado en su necesidad.⁴⁹⁷ La tierra es el gran elemento de la cual se origina esa dinámica cadena de la vida, por esa razón es comprensible la idea maya de que no debe ser dividida ni repartida, que como madre que da vida a los hombres, pertenece a todos, o más bien, todos los hombres pertenecen a ella. Es por ello por lo que Demetrio Cojtí Cuxil, expresa que para los mayas la tierra no es meramente un elemento de posesión y producción, sino también un elemento de sustento de sus creencias, costumbres y cultura, de donde debe comprenderse gran importancia que tiene.⁴⁹⁸

Las mismas culturas indígenas guatemaltecas, tienen claro que si bien la tierra es importante para la producción y para la sobrevivencia, lo esencial y determinante es el aspecto cultural y espiritual. Este enfoque comprende una visión más amplia y dinámica de su relación con la tierra. Es por ello por lo que expresa Ordóñez Cifuentes, que las culturas indígenas de Guatemala, saben que el derecho a la tierra no tiene que ver únicamente con el acceso a un medio de producción. Para ellos, la tierra es un espacio vital, imprescindible para que las

⁴⁹⁶ Ibid. p. 38

⁴⁹⁷ Ibid. p. 43

⁴⁹⁸ Cojtí Cuxil, Demetrio. *Políticas para la reivindicación de los mayas de hoy. Fundamentos de los derechos específicos del pueblo maya*. Op. cit. p. 41



comunidades indígenas reproduzcan su cultura, por ello la tierra es un factor primordial de su cosmovisión.⁴⁹⁹ En la mentalidad occidental predomina el enfoque de la productividad, como elemento esencial de la tierra, elevando este aspecto al nivel de interés social. De esta manera, se ignora la verdadera importancia subjetiva que tiene para los pueblos indígenas la relación especial con la tierra y que el irrespeto de esta, es un factor determinante para negarles sus más elementales derechos humanos como pueblo.

Deja oír Ordóñez Cifuentes, la voz de los mayas, cuando comenta lo relacionado con el Acuerdo Socioeconómico y Agrario de los Acuerdos de Paz, que, en lo referente al catastro, destacan como la iniciativa privada lo celebra, porque llevan las de ganar y saben que los indígenas las de perder. Ellos recuerdan que en 1871 se creó el Registro de la Propiedad y las tierras que fueron usurpadas a los pueblos indígenas se registraron. Agregan, que muchas de las tierras comunales no están registradas y afirman que no tienen por qué registrarlas, porque son los dueños legítimos.⁵⁰⁰ Los pueblos indígenas guatemaltecos, de esta manera destacan, no un simple elemento posesorio, sino una práctica que tiene sus raíces en sus costumbres, que está fundamentada en la relación espiritual que tienen con la tierra.

En la mentalidad indígena, consideran que no tienen por qué registrar las tierras, porque son de su propiedad, en esas tierras vivieron sus ancestros, guardan los restos mortales y el alma de sus antepasados y contiene los sitios sagrados para sus prácticas religiosas. Todos estos valores están perfectamente reconocidos y protegidos en los artículos 58 (derecho a la identidad cultural) y 66 de la Constitución, que protege sus tradiciones y formas de vida. Por su parte el Centro de Estudios de Guatemala, destaca que la religión de los mayas está determinada por la agricultura, porque la mayor parte de sus dioses tienen que ver

⁴⁹⁹ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. *La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT*. Una experiencia constructiva a favor de la paz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998. p. 81

⁵⁰⁰ Ibid. Ordóñez Cifuentes. Op. cit. p. 84



con la tierra y la producción. Agrega que la cosmovisión maya era y continúa siendo, totalizante e integradora. El mundo natural está imbuido de divinidad, el hombre se renueva, se transforma y se espiritualiza por su relación con las divinidades, con la comunidad y con la sagrada tierra.⁵⁰¹ Esta particular forma de pensamiento de las comunidades mayas, también está protegido y garantizado por el artículo 36 de la Constitución, que establece el derecho de libertad de religión.

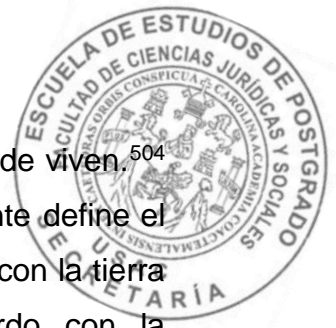
El Centro de Estudios de Guatemala manifiesta que las actuales comunidades indígenas guatemaltecas mantienen en vigencia sus concepciones sobre la familia, la comunidad, el ser humano, la naturaleza, la tierra, la religión y las creencias, la organización social y la función de los dirigentes. La comunidad es un valor fundamental, porque es el lugar donde se concentran los antepasados, los dirigentes anteriores, los hijos, las fuerzas naturales protectoras y la sagrada tierra. Finalmente, agrega que es la comunidad el sujeto y la fuerza que trae armonía, solidaridad, el “bien estar” de unos con otros, con la naturaleza y con el cosmos.⁵⁰²

Por su parte, Estrada Ochoa indica que los q'eqchi'es son *aj ral ch'och*, hijos de la tierra. De esa manera se conciben y se definen a sí mismos, porque la tierra es como su madre, cuando nacen la madre les da todo, los alimenta, los cuida y de igual manera pasa con la tierra, por eso “es parte de nosotros”, cuando un niño llora la madre le da pecho, “la tierra cuando nos mira llorar y pedirle de corazón, ella nos lo da”.⁵⁰³ Para Ajb'ee Jiménez, la tierra forma parte de la cosmogonía y del pensamiento de los pueblos indígenas. Acota que es preciso explicar que en los idiomas mayas, la tierra es “nuestra madre”, relación con la Madre Tierra que es clave en la resistencia y adquieren de ella la vida. La tierra

⁵⁰¹ Centro de Estudios de Guatemala. Guatemala. Op. cit. p. 21

⁵⁰² Ibid. Op. cit. p. 154

⁵⁰³ Estrada Ochoa, Adriana C. *Los hijos de la tierra. Identidad q'eqch'i en la aldea global*. En Dialogando alteridades. Identidades y poder en Guatemala. José Alejos García (Comp.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006. p. 112



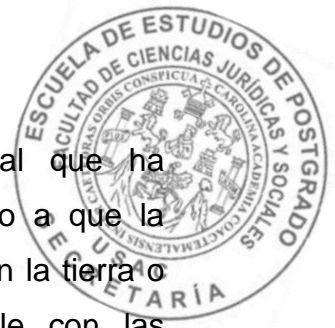
tiene vida y se reconoce como ente fundamental de la comunidad donde viven.⁵⁰⁴ La relación con la tierra es tan fuerte y trascendental, que prácticamente define el ser indígena y la identidad indiana. De tal manera que, si esa relación con la tierra termina, se desvanece esa identidad. Por esa razón, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, cuando la relación especial o espiritual con la tierra ya no existe, pierden los pueblos indígenas el derecho de reivindicar la tierra, aunque en el pasado se la haya poseído, porque se convierte solamente en un elemento de producción, con un valor material de mercado. Deja de ser el elemento vital de la existencia de la comunidad indígena.

El sentido común nos indica que la definición del territorio por las comunidades indígenas no puede ser arbitrario. Existen elementos concretos que permiten determinar el alcance geográfico del territorio indígena. Los elementos principales son la ocupación ancestral del territorio y la cosmovisión. Es decir, un elemento objetivo de posesión ancestral del territorio, aunque la hayan perdido en la actualidad y el elemento espiritual, lo que significa que en el espacio geográfico hay lugares que tienen importancia y un significado especial desde su espiritualidad.

La relación especial de los pueblos o comunidades indígenas con la tierra está reconocida en la Constitución de Guatemala. Deviene precisamente de la pertenencia histórica de la tierra por parte de las comunidades indígenas a que hace referencia el artículo 67. Esto fue confirmado por la Corte de Constitucionalidad, cuando expresa que la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con los territorios o tierras, como el reconocimiento de los pueblos interesados del derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, está concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ Jiménez, Ajb'ee. *El replanteamiento de la autonomía y la revitalización de los idiomas indígenas en Guatemala*. En *La plasmación política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Felipe Gómez Isa y Susana Ardanaz Iriarte (Comps.), Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2011. p. 143

⁵⁰⁵ Expediente 199-95, de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Op. cit.



Lo anterior nos permite concluir, que el principio esencial que ha establecido en su jurisprudencia la Corte Interamericana, en cuanto a que la relación especial que los pueblos o comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios, que es el fundamento de la propiedad, es compatible con las disposiciones de la Constitución de Guatemala, porque esa relación está contenida en las disposiciones de los artículos 66, 67 y 68. Además, es importante agregar, que también está fundamentado en el derecho de identidad del artículo 58 de la Constitución, porque la relación especial, de carácter espiritual que los pueblos y comunidades indígenas tienen con la tierra y territorios, forma parte de su cosmovisión del mundo, elemento trascendental para determinar la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas.

4.4.3 El derecho de reivindicación de la tierra colectiva o comunal indígena

El elemento de la continuidad histórica en la ocupación de la tierra está claramente establecido en el artículo 67, porque el mandato constitucional de protección de las tierras indígenas, es para aquellas que les pertenecen históricamente a las comunidades indígenas. El elemento de posesión actual de la tierra, que está explícito en el contenido del artículo citado y la característica de administración especial de las tierras, son elementos importantes de esta forma de propiedad. Ya se ha evidenciado que el elemento de la posesión como fundamento de propiedad, se deriva del derecho consuetudinario indígena, que está inmerso en el reconocimiento de la costumbre indígena que hace el artículo 66 constitucional. Mientras el artículo 67, claramente señala que como parte de la protección constitucional a las tierras comunales indígenas se debe garantizar la posesión de estas. Sobre qué tierras se garantiza la posesión. Sobre aquellas que les pertenezcan históricamente a las comunidades indígenas.

La posesión tradicional actual es determinante para acreditar la propiedad de la tierra. Pero un pueblo o comunidad indígena pudo haber perdido la posesión, sin perder el derecho de propiedad y el derecho de reivindicación de la tierra. Para



ilustrar mejor el tema, traemos nuevamente a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que indica que los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han perdido la posesión de las tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre ellas, incluso a falta de un título legal, salvo que las tierras se hayan trasladado legítimamente a terceros de buena fe. Pero en el caso que ese traslado haya ocurrido de buena fe, los pueblos o comunidades indígenas que involuntariamente hayan perdido la posesión de las tierras, tienen el derecho de recuperarlas o de obtener tierras de igual extensión y calidad.⁵⁰⁶

La Constitución reconoce la posesión tradicional como fundamento para acreditar la propiedad de la tierra indígena, de manera que la propiedad no puede perderse cuando los miembros de la comunidad indígena pierden la posesión involuntariamente y los artículos 66 y 67, protegen la propiedad colectiva de la tierra, con fundamento en la posesión. El derecho de reivindicación que ha establecido la Corte Interamericana es compatible con la Constitución de la República, porque toda propiedad, lleva inherente el derecho de reivindicarla, cuando ilegalmente se ha sido despojado de esta, sin justa causa. En este caso, la Corte ha establecido como elemento determinante, que la relación especial con la tierra no se haya perdido y se mantengan las actividades tradicionales de la comunidad en el territorio reclamado o la realización de estas actividades sean posibles. La protección que el artículo 21 de la Convención otorga a la propiedad colectiva indígena de la tierra, obliga a otorgar ese alcance al reconocimiento de la posesión de tierras que les pertenece históricamente que hace la Constitución en los artículos citados, en concordancia con el artículo 39 de esta. El artículo 67 claramente indica que la tierra comunal indígena es la que históricamente les pertenece, por lo que la pérdida de esa posesión, por situaciones que salen del control de las comunidades, no les hacer perder el derecho de propiedad.

El derecho de reivindicación de la tierra comunal o colectiva por parte de los pueblos o comunidades indígenas, cuando no estén en posesión de esta, está

⁵⁰⁶ Caso de la Comunidad Sawhoyomaxa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 182 de la sentencia.



reconocido en el artículo 67, porque claramente protege las “tierras que históricamente les pertenece”, sin exigir que la posesión sea actual. En la sentencia consultiva que dictó la Corte de Constitucionalidad, para determinar la constitucionalidad del Convenio 169, claramente se determina que el derecho de reivindicación está contenido en el artículo 67. Indica la Corte de Constitucionalidad que el señalamiento de que el derecho de reivindicación de la tierra colectiva por parte de los pueblos interesados, contenido en el artículo 14, inciso 3 del Convenio 169, contradice la Constitución, no es un señalamiento válido, porque es claro que ese procedimiento debe instituirse en el marco del sistema jurídico nacional.⁵⁰⁷ La Corte de Constitucionalidad expresa que debe instituirse el procedimiento de reivindicación de las tierras indígenas, porque es constitucional, porque el derecho de propiedad no se pierde con la pérdida de la posesión tradicional. La posesión tradicional solo es un signo externo que denota la propiedad histórica de la tierra comunal, reconocida en el artículo 67. De manera que, al perder la posesión de manera involuntaria, se puede reivindicar la propiedad, si persisten los elementos de la relación especial de la comunidad con la tierra y las actividades tradicionales en esos territorios.

Como se indicó en el caso *Sawhoyomaxa vs. Paraguay*, el derecho de reivindicación no puede operar *per se* sobre todo el territorio que las comunidades indígenas ocuparon en la época precolombina. Porque entonces, como se señaló en el caso concreto citado, se llegaría al absurdo de que todo el territorio de Guatemala estaría expuesto a ser reivindicado. Por esa razón, los principios establecidos por la Corte Interamericana como factores esenciales, además de la posesión histórica, para determinar la propiedad de la tierra y territorios indígenas, es la relación especial que las comunidades tienen con la tierra y la subsistencia de las actividades tradicionales en el territorio. Este es un factor que armoniza la igualdad de protección de la propiedad privada y la propiedad colectiva de la tierra indígena. La relación especial de las comunidades indígenas y actividades tradicionales, como producto de la colonización, es sobre territorios determinados

⁵⁰⁷ Expediente 199-95. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Op. cit.



y perfectamente delimitables. Los territorios cuya posesión conservaron en la época colonial y mantuvieron durante mucho tiempo. Solamente una posesión prolongada en el tiempo, hace surgir la relación especial de la comunidad con el territorio.

El principio de reivindicación de las tierras o territorios indígenas, cuya posesión se haya perdido por causas ajenas a la voluntad de las comunidades indígenas, basado en la subsistencia de la relación especial que la comunidad indígena tiene con el territorio y la persistencia de actividades tradicionales en las tierras reclamadas, es compatible con la Constitución de la República de Guatemala, fundamentados en los artículos 58, 66, 67 y 68 del texto constitucional.

4.4.4 Las contradicciones reales o aparentes, entre la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada particular, hacen viable la aplicación de restricciones a la propiedad particular y colectiva

Es importante destacar que el derecho de reivindicación no anula el derecho de propiedad privada de terceros de buena fe. Porque, una vez establecido que la relación especial del pueblo o comunidad indígena y la realización de actividades tradicionales en las tierras cuya posesión perdieron subsiste, se debe decidir si procede la aplicación de restricciones a la propiedad privada.

La expropiación es una restricción a la propiedad establecida constitucionalmente. De acuerdo con el artículo 40 procede en casos de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, previo pago de una justa indemnización. Caso contrario, si no se dan los parámetros para la expropiación, se debe proceder a la entrega de tierras alternativas de igual valor y proporción a las comunidades indígenas.



La Corte de Constitucionalidad ha manifestado que el derecho de reivindicación de tierras puede darse en doble vía. Es decir, de las tierras en posesión de las comunidades indígenas, en caso de que “otra persona” pruebe la propiedad sobre estas, se hace efectiva la reivindicación. Pero en estos casos es obligado evaluar la necesidad de expropiación por razones de utilidad pública, beneficio social o interés público en favor de la comunidad indígena o la entrega de tierras alternativas. Esto cuando se pruebe que la tierra o territorio pertenece colectivamente a la comunidad indígena. Esto se deduce de la propia opinión de la Corte de Constitucionalidad cuando establece que en el caso que las tierras que ocuparan los pueblos interesados, fueran propiedad de una persona “distinta”, esta tiene a disposición los medios legales para reivindicar las tierras. En este caso, el derecho de propiedad solamente podría ser afectado mediante la expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público.⁵⁰⁸ En estos casos se debe tener sumo cuidado y determinar que la propiedad adquirida por terceros, debió ser de buena fe, es decir, por medio de procedimientos legales. Esto, sin importar si están registradas en el Registro General de la Propiedad, debido a los abusos que históricamente han sufrido las comunidades indígenas, para despojarlos de sus tierras, como es el caso de la comunidad indígena de Chuarrancho, que se verá más adelante.

En el Capítulo III de la presente investigación, se abordó el tema de las pautas que el Estado debe observar para la aplicación de restricciones a la propiedad particular. Es decir, establecer la necesidad de aplicar las restricciones. En el caso de Guatemala, esa necesidad está marcada por la comprobación del interés colectivo, beneficio social o la utilidad pública que estipula el artículo 40 de la Constitución. La proporcionalidad está marcada por la circunstancia de alcanzar un logro específico, interfiriendo lo menos posible en el ejercicio del derecho de propiedad afectado. De manera que, si ese objetivo se logra por otro medio que no sea afectando la propiedad, no procede la aplicación de restricciones. Por último, la necesidad de alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

⁵⁰⁸ Loc. cit.

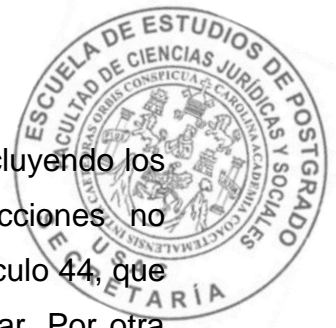


Pero se debe tener presente la última pauta establecida por la Corte Interamericana para establecer restricciones a la propiedad indígena. De acuerdo con lo indicado anteriormente, en el caso de Guatemala operaría para aplicar restricciones a la propiedad privada en favor de las comunidades indígenas, por haberse acreditado la propiedad de la tierra comunal o colectiva indígena y para aplicar restricciones a las tierras que las comunidades indígenas posean, cuando se acredite que son propiedad privada. La Corte ha indicado que en estos casos se debe tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente, relacionado con el derecho colectivo de supervivencia como pueblo, con el control del hábitat, para desarrollar su cultura, obtener su desarrollo y realizar sus planes de vida.⁵⁰⁹ Las comunidades indígenas tienen derecho a la conservación de su patrimonio cultural. Este elemento para la aplicación de restricciones a la propiedad privada, cuando es reclamada por las comunidades indígenas, acreditando los derechos de propiedad ancestral, está protegida en el artículo 58 de la Constitución, como derecho de conservar la identidad cultural indígena que está vinculada estrechamente a la tierra o territorio. Además, está garantizado por el artículo 67, porque la aplicación de restricciones a la propiedad en favor de las comunidades indígenas, debe interpretarse como una extensión de la protección especial que la Constitución atribuye a las tierras comunales, que representa los intereses de una colectividad, de la cual depende la subsistencia y conservación de su estilo de vida. Al menos que surjan circunstancias mucho más poderosas que al ser evaluadas inclinen la balanza en favor de la propiedad privada.

La aplicación de restricciones opera, porque la propiedad no es un bien absoluto. La Corte Interamericana ha manifestado que los integrantes de los pueblos indígenas son titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente en sus territorios.⁵¹⁰, pero también señala que el artículo 21 de la Convención regula que la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Por lo que el Estado puede restringir, bajo ciertas

⁵⁰⁹ Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 146 de la sentencia.

⁵¹⁰ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Op. cit. Párrafo 121 de la sentencia.



condiciones, los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, incluyendo los recursos naturales que se encuentran en este.⁵¹¹ Estas restricciones no contravienen la Constitución de Guatemala, de conformidad con el artículo 44, que establece el principio que el interés social prevalece sobre el particular. Por otra parte, el artículo 121 de la Constitución establece que son bienes del Estado, las aguas de la zona marítima de las costas, aguas subterráneas, caídas y nacimientos de agua con aprovechamiento hidroeléctrico, ríos, lagos, el subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y minerales. Muchos de estos recursos no son de utilización tradicional de los pueblos indígenas. Por lo que perfectamente, el Estado puede otorgar concesiones para explotar minerales o construir hidroeléctricas. Esto bajo el principio ya mencionado que el derecho de propiedad no es absoluto y permite la aplicación de restricciones.

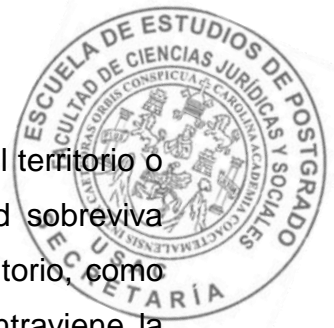
Pero el Estado debe ser muy cuidadoso de establecer las condiciones bajo las cuales puede otorgar concesiones en territorios indígenas. Toda concesión que restrinja la propiedad comunal o colectiva o bien el concepto ampliado de territorio que recoge el Convenio 169 y el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, debe proteger y garantizar: 1) El acceso de los pueblos o comunidades indígenas a uso de los recursos naturales de su territorio, que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí, que están protegidos por el artículo 21 de la Convención.⁵¹² 2) Garantizar que continuarán practicando su modo de vida tradicional y que la restricción no afectará la identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.⁵¹³ 3) Que las concesiones de extracción, no afecten el uso y goce de otros recursos naturales que son necesarios para las actividades económicas de subsistencia, como la pesca y la caza.⁵¹⁴

⁵¹¹ Ibid. Párrafo 127 de la sentencia.

⁵¹² Ibid. Párrafo 120 de la sentencia.

⁵¹³ Ibid. Párrafo 121 de la sentencia.

⁵¹⁴ Ibid. Párrafo 126 de la sentencia.



Existe claramente una conexión entre los recursos naturales y el territorio o las tierras indígenas, porque son necesarias para que la comunidad sobreviva física y culturalmente. El artículo 21 de la Convención protege el territorio, como los recursos naturales vinculados a la tierra. Esta disposición no contraviene la Constitución de la República de Guatemala, porque el artículo 67 busca la protección de las tierras comunales para mejorar la calidad de vida de las comunidades indígenas, lo que solamente es posible dentro de su estilo tradicional de vida y tradiciones. Es decir, dentro de un estado de bienestar físico y cultural.

Por otra parte, el artículo 67 garantiza la forma especial de administración de las tierras comunales. Las comunidades indígenas como parte de su cosmovisión, administran las tierras comunales de tal manera que se mantenga el equilibrio natural entre la tierra y los elementos naturales. El ser humano es un elemento natural más que está interconectado con la tierra y sus recursos. Pero, además de la conservación de los recursos naturales, como el agua y los bosques, depende la subsistencia de las comunidades, por lo que entra en juego el derecho a la vida, establecido en el artículo 2 de la Constitución.

En conclusión, las comunidades indígenas tienen derecho al uso y disfrute de los recursos naturales de la tierra o territorio que han utilizado tradicionalmente. La aplicación de restricciones a la propiedad privada en favor de las comunidades indígenas que acrediten la propiedad ancestral sobre las tierras o territorios reclamados, no contraviene la Constitución de Guatemala, por ser compatibles esas restricciones por los artículos 40, 58 y 67 del texto constitucional. Por otra parte, la aplicación de restricciones a la propiedad colectiva o comunal de las comunidades indígenas es compatible con la Constitución de conformidad con los artículos 44 y 121 del texto constitucional.



4.4.5 El derecho de consulta de los pueblos o comunidades indígenas

El Estado de Guatemala está consciente de la obligación de establecer procedimientos apropiados, para consultar a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que les puedan afectar directamente, como lo establece el artículo 6.a, del Convenio 169. Es evidente que en nuestro medio, la mayor parte de las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, están relacionadas directamente con el tema del otorgamiento de concesiones que de alguna manera pueden afectar la propiedad comunal de las tierras indígenas o los territorios y sus recursos naturales.

Se ha abordado el tema del poder que tiene el Estado de otorgar concesiones para explotar recursos que son de dominio público o que le pertenecen, como los recursos hídricos con vocación para explotación hidroeléctrica o la extracción de minerales del subsuelo. El Estado debe garantizar a las comunidades indígenas que sus recursos naturales no serán afectados, que no está en peligro la subsistencia de la comunidad, su estilo de vida, identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres y creencias. Por esa razón, el Convenio 169 establece el derecho de consulta, que es un mecanismo de defensa o protección de las comunidades indígenas de su tierra o territorio y derechos propios, como los ya indicados. La Corte de Constitucionalidad oportunamente estableció la constitucionalidad del Convenio 169.

En razón de la facultad del Estado de aplicar restricciones a la propiedad colectiva o comunal indígena, la Corte Interamericana estableció en su jurisprudencia, como ya se indicara en el capítulo respectivo, tres garantías básicas que fundamentan el derecho de consulta: 1) El Estado debe dar participación efectiva a las comunidades indígenas o tribales, de acuerdo con las costumbres y tradiciones, relacionados con todo plan de inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo en el territorio indígena. 2) El Estado está obligado



a garantizar que el pueblo o comunidad indígena se beneficie en forma razonable del plan o proyecto llevado a cabo en el territorio. 3) No podrán emitirse concesiones, hasta que entidades independientes y capaces técnicamente, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio de impacto ambiental.⁵¹⁵

Es evidente que ninguna de las garantías básicas, contravienen la Constitución de Guatemala. La Corte de Constitucionalidad ha manifestado que los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Constitución, aseguran los derechos humanos y libertades fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas, sin incurrir en discriminación, lo que constituye un reconocimiento de sus valores, costumbres y de sus ideales, lo que guarda armonía con los preceptos constitucionales de los artículos 66, 67, 68 y 69.⁵¹⁶

En cuanto al derecho de consulta a los pueblos indígenas, ha manifestado la Corte de Constitucionalidad que el texto constitucional prevé mecanismos de participación democrática para que los ciudadanos se pronuncien en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en la aplicación de planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que atañen directamente a los pueblos indígenas, no vulnera ningún precepto constitucional, sino que se afirman los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala.⁵¹⁷

Como corolario a lo manifestado por la Corte de Constitucionalidad, en relación con la constitucionalidad de la consulta a los pueblos indígenas, se debe agregar que cuando los planes o proyectos de desarrollo, puedan afectar territorios, tierras o recursos naturales indígenas, indudablemente el fundamento de legitimación y legalización de la consulta a las comunidades indígenas, son los artículos 58, 66 y 67 de la Constitución, que perfectamente armoniza con el

⁵¹⁵ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Op. cit. Párrafo 129 de la sentencia.

⁵¹⁶ Expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Op. cit.

⁵¹⁷ Loc. cit.



artículo 6 del Convenio 169. El mandato de protección a las tierras comunales, que entre otros aspectos busca el desarrollo y la mejora de la calidad de vida de las comunidades, exige que las comunidades tengan el derecho de participación y decisión en todo proyecto que inicie el Estado, que pueda afectar sus tierras, territorio y recursos naturales.

En la defensa de los territorios indígenas deben tener participación directa las comunidades indígenas de acuerdo con el artículo 67. El mandato constitucional de protección a las tierras comunales, no puede simplemente concretizarse en acciones de tutela que el Estado emprenda, sin escuchar a los interesados. La administración especial que ejercen sobre sus tierras, exige que se les escuche y tome en cuenta, porque de lo contrario se vulnera el derecho de tomar decisiones de acuerdo con la administración especial que les garantiza la Constitución. Los únicos que están en capacidad para determinar si el plan o proyecto de inversión o desarrollo, pueda afectar su identidad cultural (artículo 58 constitucional), costumbres y estilo de vida (artículo 66 constitucional) y los recursos naturales de sus tierras o territorios (artículo 67), son las propias comunidades indígenas.

4.5 Comprobación de la hipótesis

Se ha realizado el desarrollo teórico de las categorías conceptuales comprendidas en el problema planteado en la presente investigación. Además, se tienen los resultados de la investigación de campo, surgidos del análisis de los principios y criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo relacionado con la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Por lo que, esas premisas permiten llevar a cabo el análisis respectivo, para confirmar o descartar la hipótesis propuesta.



La pregunta toral sobre la cual gira el presente informe de investigación de tesis es, ¿por qué razones son compatibles los fundamentos esenciales del derecho de propiedad colectiva de la tierra y territorios indígenas, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada de la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la regulación constitucional de la propiedad colectiva indígena, expresado en la protección de las tierras comunales indígenas y el reconocimiento de las costumbres, organización social y forma de vida de los pueblos indígenas, en la Constitución Política de la República de Guatemala?

La respuesta hipotética planteada (hipótesis de la investigación), expresa que Los fundamentos esenciales del derecho de propiedad colectiva de la tierra y territorios indígenas, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada de la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son compatibles con la regulación constitucional de la propiedad colectiva indígena, expresado en la protección de las tierras comunales indígenas y el reconocimiento de las costumbres, organización social y forma de vida de los pueblos indígenas, en la Constitución Política de la República de Guatemala, porque tienen expresión constitucional: 1. La posesión tradicional de la tierra, que fundamenta el derecho de propiedad colectiva indígena. 2. La relación especial, material y espiritual que las comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios desde su cosmovisión 3. El derecho de reivindicación de la propiedad colectiva indígena de la tierra. Y, 4. El derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena como medio de defensa de la tierra o territorio.

Puede apreciarse que el aspecto principal por establecer es, si los elementos de posesión histórica y relación especial del orden material y espiritual que las comunidades tienen con la tierra comunal indígena, es compatible con las disposiciones de la Constitución de la República de Guatemala. De igual manera, si el derecho de reivindicación y el mecanismo de consulta a las comunidades



indígenas, como medio de defensa de los tierras o territorios indígenas, son igualmente compatibles con la Constitución.

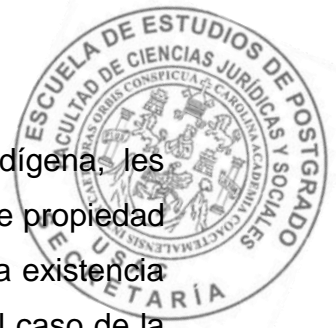
El análisis y abstracción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, permite establecer que existen dos categorías de fundamentos esenciales establecidos por la Corte, en relación con la propiedad colectiva de la tierra en su jurisprudencia. En la primera categoría, ubicaremos los fundamentos que determinan la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra. En la segunda categoría, los fundamentos que sirven para la defensa de la propiedad colectiva indígena. Ambas categorías son fundamentales para la propiedad colectiva indígena y corresponde determinar si tienen compatibilidad con la Constitución de Guatemala.

4.5.1 Fundamentos que determinan la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra, establecidos por la Corte Interamericana

Tomando como base la clasificación adoptada para agrupar de acuerdo con su naturaleza los fundamentos esenciales establecidos por la Corte Interamericana, se tiene los siguientes. En la primera categoría, establecida por la Corte Interamericana, está la posesión tradicional de la tierra o territorios, como fundamento de la propiedad colectiva indígena de la tierra; y la segunda, la relación especial material y espiritual del pueblo o comunidad indígena con la tierra. Los dos elementos están íntimamente relacionados y deben concurrir como fundamentos que determinan la existencia de la propiedad de la tierra indígena.

4.5.1.1 La posesión tradicional, como fundamento de la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra o territorio

Este elemento fundante, como ya lo expresamos *ut supra*, lo establece la Corte en el primer caso relativo a la propiedad colectiva de la tierra indígena, en la demanda planteada por la Comisión Interamericana en favor de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, contra Nicaragua. La Corte resuelve que la



posesión de las tierras tradicionales por parte de la comunidad indígena, les otorga el derecho de exigir del Estado el reconocimiento del derecho de propiedad y el registro de las tierras. Este criterio jurisprudencial que determina la existencia del derecho de propiedad es ratificado, entre otras, en la sentencia del caso de la comunidad Sawhoyomaxa contra Paraguay. En esta sentencia en forma clara indica el alto tribunal de derechos humanos, que la posesión tradicional de los pueblos indígenas sobre sus territorios tiene efectos que equivalen al título de pleno dominio que el Estado extiende. De igual manera, se expresa que la posesión tradicional, les otorga a las comunidades indígenas derecho de exigir al Estado el reconocimiento oficial de la propiedad colectiva y el registro respectivo. El Estado debe reconocer oficialmente una propiedad que existe legalmente de acuerdo con la costumbre indígena o derecho consuetudinario.

Este primer fundamento de la posesión tradicional de la tierra, está contenido y reconocido en el artículo 67 de la Constitución. El primer párrafo, contiene un mandato de protección de la posesión de la tierra comunal de las comunidades indígenas. El segundo párrafo, hace referencia a las tierras que históricamente les pertenezca a las comunidades indígenas y que tradicionalmente han administrado. Claramente está configurado constitucionalmente la posesión tradicional, histórica o ancestral de la tierra, como elemento a proteger. Esta ocupación puede ser anterior o posterior a la conquista española. El concepto de posesión tradicional, lo que enmarca es la posesión por mucho tiempo y varias generaciones de la tierra o territorio por un pueblo o comunidad indígena, por lo que existe continuidad histórica en la posesión de la tierra. El artículo 67 protege la posesión tradicional de la tierra indígena, asegurando a las comunidades el derecho de mantener el sistema comunal de las tierras ocupadas ancestralmente y administradas en forma especial, de acuerdo con sus costumbres, que están reconocidas en el artículo 66 constitucional.

El análisis de este fundamento, una vez hecha la confrontación entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el contenido constitucional de la



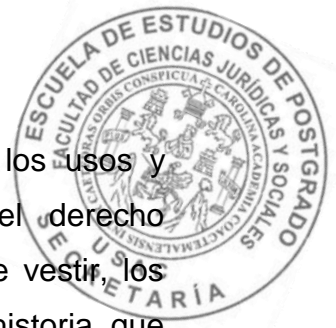
propiedad comunal de la tierra, permite asumir que la hipótesis que rige la presente investigación, ha sido comprobada, en relación con este fundamento esencial. Porque se comprueba la compatibilidad entre el fundamento establecido por la Corte Interamericana, en aplicación del artículo 21 de la Convención y la regulación de la Constitución de Guatemala, en relación con la propiedad comunal indígena de la tierra que les pertenece históricamente a las comunidades, lo que se expresa en la posesión tradicional.

4.5.1.2 La relación especial, material y espiritual que el pueblo o comunidad indígena tiene con la tierra, desde su cosmovisión

El otro elemento fundante de la propiedad colectiva de la tierra indígena, que está íntimamente relacionado con la ocupación tradicional y que se determinan mutuamente para configurar la propiedad colectiva indígena, es decir que no puede existir uno sin el otro, es la relación especial, material y espiritual que el pueblo o comunidad indígena tiene con la tierra o territorio.

El segundo fundamento de la tierra colectiva indígena, igualmente surge por primera vez en la jurisprudencia asentada en el caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. Señala la Corte que las comunidades indígenas tienen una relación especial con la tierra que no es meramente una cuestión de posesión y de producción, sino un elemento material y espiritual, que deben gozar en forma plena, que es necesario para preservar su legado cultural y transmitirlo a las futuras generaciones. Esa estrecha relación con el territorio, es la base de su existencia, de la vida espiritual, su integridad cultural y vida económica. Esa relación especial de las comunidades indígenas con la tierra, está englobada en la cosmovisión de los pueblos indígenas. La tierra es la base de la cosmovisión indígena y la cosmovisión es el fundamento de la tierra.

Este elemento es delineado de forma más completa por la Corte en la sentencia del Caso de la comunidad indígena Yakye Axa, contra el Paraguay. Expresa que de la estrecha relación con la tierra se derivan las tradiciones y



expresiones orales, la lengua y las costumbres, el arte y rituales, los usos y conocimientos vinculados con la naturaleza, el arte culinario, el derecho consuetudinario, que es parte de la costumbre indígena, la forma de vestir, los valores y la filosofía, la forma de integrarse a la naturaleza y la historia que transmiten de generación en generación y en síntesis, su patrimonio cultural inmaterial. La comunidad indígena que acredite la posesión ancestral de la tierra y la relación especial material y espiritual con el territorio, acredita la propiedad de la tierra comunal o colectiva indígena ante el Estado o sistema legal occidental.

La Constitución de la República de Guatemala, como ya se ha acreditado, en el artículo 58 reconoce la identidad cultural de las comunidades, de conformidad con sus valores, lengua y costumbres. Para el caso de las comunidades indígenas, la tierra es la base de la cultura. El artículo 66 constitucional, como parte del reconocimiento a la identidad cultural, reconoce y promueve la forma de vida, las costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena, idiomas y dialectos. La relación especial que las comunidades indígenas de Guatemala tienen con la tierra, ha sido acreditada doctrinalmente por varios estudiosos y tanques de conocimiento, como lo ilustramos en el apartado respectivo, que llenan de contenido las disposiciones constitucionales de los artículos 58 (identidad cultural) y 66, costumbres, tradiciones y forma de vida de las comunidades indígenas, en su relación material y espiritual con el territorio.

La información recabada, permite señalar que el principal rasgo de la identidad cultural que protege la Constitución en los artículos 58 y 66, es la relación especial material y espiritual que las comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios tradicionales. Por lo que, la hipótesis en cuanto a la compatibilidad de las disposiciones constitucionales con este principio fundamental que determina la existencia de la propiedad colectiva indígena de la tierra o territorio, establecido por la Corte Interamericana, está comprobada. Este principio no contraviene la Constitución de la República de Guatemala.



4.5.2 Principios o fundamentos para la defensa de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos o comunidades indígenas

Por otra parte, como ya se indicó, están los principios o criterios jurisprudenciales fundamentales de la Corte Interamericana, que sirven de base para la defensa de la propiedad colectiva o comunal de la tierra o territorios indígenas. El primero, indica que las comunidades indígenas tienen el derecho de reivindicación de la tierra colectiva o comunal, por haber perdido la posesión tradicional por actos violentos o contrarios a su voluntad, salvo que haya sido trasladada a terceros de buena fe. En tanto que, el segundo principio de defensa del derecho de propiedad colectiva o comunal de la tierra, establece el derecho de consulta a los pueblos o comunidades indígenas, sobre medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo susceptibles de afectar directamente su territorio.

4.5.2.1 El derecho de reivindicación de la tierra tradicional indígena

El principio de reivindicación de la tierra colectiva o comunal indígena, por haber perdido la posesión tradicional por actos violentos o contrarios a la voluntad de la comunidad, fue establecido por primera vez en el caso de la comunidad Moiwana contra Suriname. Esta comunidad fue despojada violentamente de la posesión de sus tierras tradicionales. En este caso, como ya tuvimos oportunidad de comprobar, la Corte dispuso que el Estado, debía adoptar las medidas administrativas, legislativas y cualquier índole para asegurar a los miembros de la comunidad el derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron despojados, para asegurarles el uso y goce de su territorio.

Este criterio jurisprudencial es ratificado en el caso de la comunidad Sawhoyomaxa contra Paraguay, cuya propiedad estaba en poder de terceros de buena fe. Se estableció el derecho de recuperarlas o bien de obtener tierras de igual extensión y calidad. Las tierras tradicionales del pueblo fueron vendidas en la bolsa de valores de Londres por el Estado, por lo que llegaron a asentarse



misiones religiosas y haciendas particulares. La Corte Interamericana resolvió en cuanto a la posibilidad de recuperar las tierras tradicionales, que la base legal para reivindicarlas, además de acreditar que son tierras tradicionales, es la relación especial material y espiritual del pueblo indígena con las tierras tradicionales, por lo que mientras esa relación especial exista, el derecho de recuperar las tierras estará vigente. Si la relación deja de existir, se extingue también el derecho de reivindicación. Por lo que, la Corte resuelve que la posesión de la tierra reclamada no es requisito indispensable, sino que es el hecho que la relación especial con la tierra existe o es posible. La Corte también falló en el mismo sentido en el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay.

Expresamos, *ut supra*, que el derecho de reivindicación de la tierra colectiva por parte de las comunidades indígenas, cuando no están en posesión del territorio tradicional, está reconocido en el artículo 67, porque claramente protege las “tierras que históricamente les pertenece” a las comunidades indígenas, y no contiene el artículo una exigencia que la posesión sea actual. La Corte estableció en sus criterios jurisprudenciales, que la posesión actual no es indispensable, sino la condición de ser tierras tradicionales de la comunidad indígena y que la relación especial con la tierra exista o sea posible. Por su parte, la Corte de Constitucionalidad, en la opinión consultiva para establecer la constitucionalidad del Convenio 169, establece que para afectar tierras tradicionales de las comunidades indígenas que sean propiedad de otra “persona distinta”, solamente se podrá hacer mediante un procedimiento establecido de conformidad con la Constitución. Ese procedimiento debe establecerse en la ley ordinaria. Es decir que las tierras en propiedad privada particular, que se establezca que son propiedad colectiva de una comunidad indígena, podrán ser recuperadas, mediante el procedimiento respectivo de reivindicación de la tierra, lo que incluye la posibilidad de expropiación de conformidad con el artículo 40 constitucional, por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público. Es importante enfatizar que la primera opción del Estado, siempre debe ser el acuerdo de compraventa de las tierras en propiedad particular para ser devueltas a la



comunidad. El procedimiento de recuperación o reivindicación de la tierra es posible por estar amparado en la protección genérica que proporciona el artículo 39 a todo derecho de propiedad, incluyendo a la propiedad colectiva indígena y la protección especial a las tierras que pertenecen históricamente a las comunidades indígenas que proporciona el artículo 67, con la necesaria aplicación del artículo 40 constitucional, para expropiarlas en caso necesario, si se dan los requisitos que la misma Corte Interamericana ha establecido, por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público. Además, ya comprobamos que la Constitución al reconocer el derecho de identidad cultural, las costumbres, tradiciones y forma de vida de las comunidades indígenas, reconoce la relación especial material y espiritual que tienen los indígenas con la tierra, requisito determinante, además de la condición de ser tierras tradicionales, para reivindicar o recuperar las tierras en propiedad colectiva. Establecida la propiedad, pero verificado que los requisitos para la expropiación no concurren, se debe entregar a las comunidades indígenas, tierras de igual extensión y calidad.

El análisis de compatibilidad que se ha hecho, implica la comprobación de la hipótesis planteada, en el sentido que el principio fundamental de reivindicación de tierras tradicionales de las comunidades indígenas, cuando no tienen la posesión de las tierras tradicionales, pero cuya relación especial con la tierra existe o es posible, no contraviene la Constitución de la República de Guatemala, por estar comprendido ese derecho de reivindicación y defensa de la propiedad colectiva, en la protección genérica que proporciona al derecho de propiedad el artículo 39 y la protección especial a las tierras comunales que históricamente han pertenecido a las comunidades indígenas que garantiza el artículo 67. En caso necesario, en garantía del derecho de reivindicación, se aplica el artículo 40 constitucional, que establece el derecho de expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social e interés público.



4.5.2.2 Derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena, cuando se tomen medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo, susceptibles de afectar sus territorios

El segundo principio de defensa del derecho de propiedad colectiva o comunal de la tierra, establece el derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena, cuando se tomen medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo susceptibles de afectar directamente sus territorios.

La Corte Interamericana, como ya pudimos establecer, establece el derecho de participación o consulta de las comunidades indígenas, en toda medida legislativa, administrativa o plan de desarrollo que de alguna manera afecte sus territorios o los recursos naturales contenidos en ellos. Principalmente en los casos del Pueblo Saramaka y de la comunidad indígena Kichwa de Sarayaku, establece la Corte las pautas y requisitos que una consulta debe cumplir para ser válida y adecuada. Por ejemplo, que debe basarse en un procedimiento culturalmente adecuado, es decir, conforme a las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas. De buena fe, proporcionando toda la información necesaria a las comunidades indígenas, para que estén debidamente informadas de los posibles efectos adversos del proyecto y desde las primeras etapas. Debe favorecer el diálogo y ser realizada por una institución del Estado, y no la misma empresa beneficiaria de la concesión u otra entidad que tenga relación e interés directo en el proyecto. Debe existir un estudio de impacto ambiental y en grandes proyectos de desarrollo, con posibles grandes efectos en el territorio, las comunidades deben dar su consentimiento previo, libre e informado. Además, se debe dar a las comunidades participación en los beneficios obtenidos.

La hipótesis planteada, en el sentido que el principio fundamental de participación o consulta de las comunidades indígenas, en defensa de sus territorios, ante medidas legislativas, administrativas o planes de desarrollo, no contraviene el contenido constitucional que regula la propiedad comunal indígena, ha quedado debidamente acreditada, por las razones siguientes. Primero, porque



como lo ha indicado la Corte de Constitucionalidad, el Estado de Guatemala, de acuerdo con la Constitución, se rige por el principio democrático de participación, por lo que constitucionalmente está garantizada la participación de las comunidades indígenas en asuntos que los afecte directamente, como es el caso de sus territorios colectivos. Segundo, porque el artículo 67, contiene el mandato de protección de las tierras comunales indígenas que históricamente les pertenece a las comunidades y que han administrado en forma especial. La administración especial, implica que solamente la comunidad indígena, por medio de sus órganos de decisión, puede decidir sobre cualquier asunto que pueda afectar su territorio comunal, planes de desarrollo, economía y derecho de subsistencia. Es decir que la acción de tutela del Estado para la protección de las tierras indígenas comunales, no puede estar desligado del derecho de decisión de las comunidades, de acuerdo con sus procedimientos de especiales de administración, establecido conforme a sus costumbres, tradiciones y forma de vida. Los únicos que están en capacidad para determinar si el plan o proyecto de inversión o desarrollo, pueda afectar su identidad cultural (artículo 58 constitucional), costumbres y estilo de vida (artículo 66 constitucional) y los recursos naturales de sus tierras o territorios (artículo 67), son las propias comunidades indígenas.

Por último, es importante concluir que la hipótesis en su totalidad fue comprobada, porque los cuatro principios o criterios jurisprudenciales definidos como fundamentales, establecidos por la Corte Interamericana, en la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana, en lo relativo al derecho de propiedad colectiva de la tierra indígena, son compatibles con el contenido y regulación de la propiedad colectiva o comunal indígena en la Constitución de la República de Guatemala.

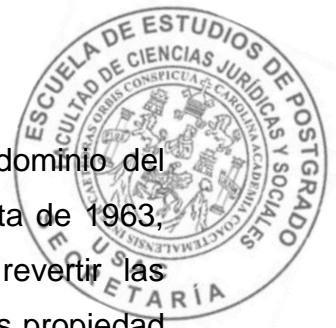


4.6 La propiedad colectiva o comunal de la tierra o territorio indígena en la legislación de Guatemala

Se ha destacado como los artículos 39 y 67 de la Constitución, no hacen referencia expresamente del derecho de propiedad colectiva. El 67 establece el principio de protección a las tierras indígenas. Por lo que, a nivel constitucional, la propiedad colectiva o comunal, con las características que le otorga la Corte Interamericana en su jurisprudencia, está implícita, no expresa, en su configuración contextual, como ya tuvimos oportunidad de comprobar. Por esa razón, mediante una interpretación contextual y evolutiva, se llega a la conclusión de que como derecho de propiedad colectiva en general, está contenida en el artículo 39. Mientras que la propiedad colectiva de la tierra en particular, está fundamentada además por la protección especial que le brinda el artículo 67. Se hace referencia de la propiedad colectiva indígena en general y de la tierra indígena en particular.

Existen normas ordinarias y reglamentarias en la legislación guatemalteca, que establecen regulaciones específicas en relación con la propiedad colectiva de la tierra indígena. El presente apartado permitirá determinar, en qué medida se desarrolla y protege la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas en Guatemala, tomando como parámetro el reconocimiento que se hace en la Constitución de la propiedad colectiva indígena. Este ejercicio permitirá, en el apartado subsiguiente, establecer las medidas que debe adoptar el Estado para adecuar la legislación a las exigencias que impone la jurisprudencia de la Corte Interamericana, para una eficaz y efectiva protección de la propiedad colectiva indígena.

La primera ley que merece la atención es el Código Civil, Decreto 106 del Congreso de la República. Pero es preciso aclarar que es una norma preconstitucional, por lo que evidentemente, sin reformas, no puede estar adaptado a las exigencias constitucionales y convencionales de la actualidad.



Establece el artículo 456 del Código Civil, que los bienes son del dominio del poder público o de propiedad de los particulares. Esta norma que data de 1963, época de los regímenes militares cuya motivación principal era revertir las conquistas sociales de los gobiernos revolucionarios, no reconoce más propiedad que la del Estado y la de los particulares, en clara referencia a la propiedad privada particular, cuyo titular puede ser la persona individual o personas jurídicas. Se excluye otras formas de propiedad, como la colectiva o comunal indígena. En tanto, el artículo 460, también del Código Civil, señala que son bienes de propiedad privada los de las personas individuales o jurídicas que tengan título legal. Obviamente, cuando la ley indica personas jurídicas, se refiere exclusivamente a las personas morales o colectivas que establecen las leyes mercantiles o el Código Civil.

El artículo 109 del Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República, regula expresamente la tierra comunitaria. Este artículo contiene el mandato de establecer los mecanismos que garanticen, previa consulta con las autoridades comunitarias, el uso, la conservación y administración de las tierras comunitarias cuya administración se le haya encomendado tradicionalmente al gobierno municipal. Se debe entender, que en algunos casos, las tierras son de propiedad colectiva de la comunidad o de una de las comunidades que conforman el municipio, pero la administración históricamente le corresponde a la municipalidad.

La Ley del Registro de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República, es, sin duda, la ley que está más acorde con el reconocimiento constitucional y convencional de la propiedad colectiva indígena. Este mérito, sin duda, proviene de la circunstancia que la ley tiene su origen en los compromisos adquiridos por el Estado en los Acuerdos de Paz, firmados con la guerrilla, como se indica en el primer considerando de la ley. El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, expresa que la ley tiene como objeto o fin, alcanzar la justicia agraria, la seguridad jurídica en la tenencia de la



tierra y el desarrollo sostenible en el campo en condiciones de igualdad, como expresa en uno de sus considerandos.

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, además aborda el tema relativo a los derechos sobre la tierra de las comunidades indígenas. El acuerdo establece el reconocimiento de la propiedad comunal o colectiva y la propiedad individual. Se hace referencia a los derechos reales de propiedad, posesión y otros derechos reales y al aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de las comunidades. Organismos internacionales, como el Comité contra la Discriminación Racial, de Naciones Unidas, también hizo presión para la implementación de la Ley de Catastro Nacional, para poder identificar y demarcar las tierras comunales indígenas. El Comité expresó al Estado en 2006, su preocupación por la falta de acceso a las tierras por parte de los pueblos indígenas, la falta de respeto a los territorios tradicionales, los bosques comunales y los problemas relacionados con la restitución de las tierras a las comunidades que hayan sido despojadas de estas, sin el debido consentimiento.⁵¹⁸ Estas recomendaciones, no obstante, ser del año 2006, no han perdido su vigencia, por la falta de medidas adoptadas por el Estado para superarlas. El único avance que se puede señalar es la creación del Registro de Información Catastral, independientemente de la poca o nula efectividad que ha tenido en la práctica.

La Ley del Registro de Información Catastral, contiene en el artículo 23, literal y), la única definición legal de tierras comunales en la legislación nacional. Señala que son las tierras en propiedad, posesión o tenencia de comunidades indígenas o campesinas como entes colectivos, tengan o no personalidad jurídica. Por último, agrega que forman parte de las tierras comunales, aquellas que aparecen registradas a nombre del Estado o de las municipalidades, pero que tradicionalmente han sido poseídas o tenidas bajo el régimen comunal.

⁵¹⁸ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativas a Guatemala, adoptadas en el 68º periodo de sesiones, del 20 de febrero al 10 de marzo de 2006.



Es una definición inadecuada, sin duda, influenciada por el propio Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, porque se distingue entre tierras en propiedad, tierras en posesión y tierras en tenencia. Es una definición que no está acorde con el derecho consuetudinario indígena, que establece que la posesión o tenencia, son elementos que denotan la propiedad, y no formas distintas de un derecho real con alcances distintos a la plena propiedad. En todo caso, serían tierras en propiedad, con título o sin título oficial. Lo mismo ocurre con las tierras que aparecen registradas a nombre del Estado o de municipalidades, dando la apariencia que son propiedad estatal, teniendo únicamente las comunidades indígenas la posesión o tenencia. La posesión marca la propiedad de la tierra o territorio, en favor de la comunidad indígena.

Esta concepción de la propiedad colectiva o comunal, de que la titularidad corresponde a las municipalidades y la posesión a las comunidades, provocó, por ejemplo, el intento de despojo de la tierra comunal de la comunidad Chajomá Cakchiquel de Chuarrancho.

De acuerdo con la sentencia en apelación de amparo de la Corte de Constitucionalidad, los ancestros de la comunidad reclamante, el 1 de diciembre de 1759, compraron por medio del procedimiento de composición a la corona española, 442 caballerías de su territorio y una legua de ejidos. El título legítimo no impidió que la comunidad sufriera continuos despojos de su propiedad y durante los gobiernos de la Reforma Liberal, se redujo a 166 caballerías. La comunidad acude al presidente José María Reyna Barrios, para que se les extendiera un título registrable de las tierras. El presidente emite el Acuerdo Gubernativo 192, de fecha 2 de julio de 1897, que adjudica a los Vecinos de la Aldea Chuarrancho, de San Pedro Sacatepéquez, el título de propiedad de los terrenos, operándose la inscripción en el Registro General de la Propiedad, con la inscripción de la finca 339, folio 01, del libro 49 del departamento de Guatemala,



asentándose como propiedad de los Vecinos de la Aldea de Chuarrancho, desde el 2 de octubre de 1897.⁵¹⁹

La comunidad mantuvo la propiedad comunal o colectiva por más de doscientos años y con título legal desde 1897. Pero el 25 de junio de 2001, el Registro de la Propiedad, por medio del procedimiento de “conservación electrónica” y, sin documentación de respaldo, consignó que el bien inmueble es propiedad de la municipalidad de Chuarrancho. El mismo día de la inscripción en favor de la municipalidad, se opera una segunda inscripción de dominio, consistente en un derecho de servidumbre en favor de la empresa Motagua Resources, Sociedad Anónima. Además, el 11 de julio de 2001, 16 días después de la inscripción traslativa de dominio, sin respaldo documental, el síndico de la municipalidad, con mediación del Escribano de Gobierno, otorga escritura de donación de un terreno de 200 metros cuadrados en favor de la Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones.⁵²⁰

Según un reportaje de Plaza Pública, la comunidad no se dio cuenta de las operaciones registrales, sino hasta que se intentó construir una hidroeléctrica en el lugar. Expresa la autora del reportaje, Carolina Gamazo, que la registradora de la propiedad, Anabella de León, defendió la inscripción registral, sin respaldo, que usurpaba la tierra comunal a la comunidad, señalando que la municipalidad presentó unos documentos y una solicitud, acreditando, de acuerdo con los criterios registrales de aquellos años, que no se podía detectar quiénes eran los vecinos, que tenían la personería jurídica “¿Quiénes eran? ¿Quiénes eran sus herederos?”. También argumenta la registradora que no era el único caso en que tierras comunales habían pasado a nombre de la municipalidad, se indica que “la Registradora despotricó y confesó un montón de cosas”, señalando que: “era una tradición en el Registro de la Propiedad. Que era puro criterio pasar de las

⁵¹⁹ Expediente 628-2013, Gaceta 112, sentencia de apelación de amparo, fecha 24 de junio de 2014, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

⁵²⁰ Loc. cit.



comunidades a nombre de las municipalidades y que no era el único caso, sino que había varios”.⁵²¹

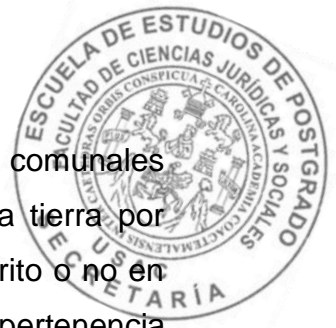
En este caso la Corte de Constitucionalidad en el primer considerando de la sentencia de apelación de amparo, se fundamenta en el artículo 39 constitucional, que garantiza el derecho de propiedad como un derecho inherente a la persona humana. En ninguna parte de la sentencia se hace referencia a la propiedad colectiva o comunal. Por ser una propiedad registrada en el Registro General de la Propiedad, la Corte de Constitucionalidad procede bajo la lógica de defender la propiedad privada. Pero la sentencia tiene el mérito de permitir que una asociación de vecinos denominada comunidad indígena Vecinos de la Aldea Chuarrancho, actúe en defensa de los derechos de los titulares “los vecinos de la aldea Chuarrancho”, lo que está acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de permitir que cualquier autoridad indígena o asociación de la comunidad actúe en defensa de la propiedad comunal.⁵²²

Por otra parte, la Ley del Registro de Información Catastral, dispone en el artículo 65, que cuando se determine la propiedad, posesión o tenencia comunal de tierras, el Registro debe reconocerlas y hacer la declaratoria administrativa de tierra comunal. Agrega que, se emitirán las certificaciones para lo que sea conducente, dando lugar, en su caso, a que se ordene el registro.

Para el desarrollo del artículo 65 de la Ley del Registro de Información Catastral, el Consejo Directivo del relacionado Registro, emite el Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, contenido en resolución 123-001-2009, publicado en el Diario de Centro América el 29 de julio de 2009. El artículo 3, del Reglamento establece las condiciones para la declaratoria de tierras comunales, distinguiendo entre tierras comunales

⁵²¹ Gamazo, Carol. Plaza Pública. La Registradora de la Propiedad y la certeza de que nadie pueda reclamar Tikal, Plaza Pública, 2 de diciembre de 2013. Consulta 2 de febrero de 2019. Disponible en internet en el enlace: <https://www.plazapublica.com.gt/content/la-registradora>.

⁵²² Expediente 628-2013, Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Op. cit.



campesinas y tierras comunales indígenas. Para el caso de las tierras comunales indígenas, las condiciones obligatorias son: La posesión actual de la tierra por parte de la comunidad indígena, posean o no título de propiedad, inscrito o no en el Registro General de la Propiedad. La segunda condición, la pertenencia histórica de la comunidad indígena, para establecer la propiedad, posesión o tenencia sobre las tierras desde tiempos inmemoriales. En tercer lugar, la administración especial de la tierra que, en forma voluntaria y tradicional, haya adoptado la comunidad, fundamentados en la identidad cultural, de acuerdo con sus propias normas, de un sistema jurídico escrito o no escrito, que esté legitimado por la memoria colectiva y el uso reiterativo.

El Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, fue impugnado de inconstitucionalidad, por la Cámara de la Industria de Guatemala y la Cámara del Agro, que integran el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras, CACIF. El argumento principal de la acción de inconstitucionalidad, fue que se viola el derecho de propiedad privada garantizada por el artículo 39 de la Constitución, porque el Reglamento no establece que no podrán ser declaradas tierras comunales los terrenos que son propiedad privada de particulares. Por otra parte, señalan los accionantes que una comunidad indígena o campesina podría solicitar que un terreno se declare propiedad comunal por el solo hecho de ocuparla, por pertenencia histórica o por administrarla de forma especial y tradicional, sin tener un título legal de ocupación ni un derecho de ocupación legítima, lo que puede incentivar invasiones ilegales a inmuebles, con el propósito de legitimar posteriormente por la vía del reglamento impugnado, un acto reñido con la ley.⁵²³

La Corte de Constitucionalidad, fundamenta la denegatoria de la acción de inconstitucionalidad, en que las condiciones que debe reunir un terreno o predio para ser declarado tierra comunal, provienen del mandato recibido por el Registro de Información Catastral en el artículo 65 de la ley, que señala que el

⁵²³ Expediente 4334-2009, Corte de Constitucionalidad. Op. cit.

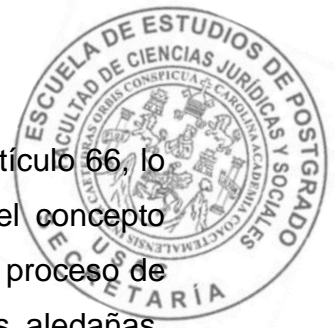


procedimiento específico para el reconocimiento y declaración de tierras comunales, debe ajustarse a lo establecido en la Constitución de la República y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Por otra parte, indica el tribunal constitucional, que el procedimiento para el reconocimiento de tierras comunales, no afecta derechos adquiridos, especialmente de propiedad privada, porque no se realizan operaciones o movimientos registrales que se traduzcan en transmisión de dominio que puedan asentarse en el Registro General de la Propiedad.⁵²⁴

Es interesante que el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que data de 1995, recoge una concepción ampliada de territorio, cuando dispone, en los mismos términos del artículo 14.1 del Convenio 169, que el Gobierno debe adoptar, entre otras medidas, reconocer y garantizar el acceso a tierras y recursos que no estén exclusivamente ocupados por las comunidades, pero a las cuales hayan tenido acceso tradicional para actividades tradicionales y de subsistencia. El Acuerdo es mucho más específico que el Convenio, al hablar de servidumbres de paso, tala, acceso a manantiales, aprovechamiento de recursos naturales y para actividades espirituales. Entendemos, no obstante, que la numeración es *numerus apertus*, porque las actividades tradicionales y de subsistencia de las comunidades indígenas pueden ser diversas y varían de pueblo a pueblo.

El acuerdo ha sido desarrollado en forma parcial, incumpliendo Guatemala el compromiso adquirido. Según la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, Decreto 52-2005 del Congreso de la República, los acuerdos tienen la naturaleza jurídica de ser compromisos de Estado, por lo que requieren acciones a desarrollar por el propio Estado y las personas individuales, en el marco de la Constitución. La única ley ordinaria que desarrolla derechos específicos de los pueblos indígenas en relación con la propiedad colectiva es la Ley del Registro de Información Catastral.

⁵²⁴ Loc. cit.



La Ley del Registro de Información Catastral, establece en el artículo 66, lo relativo a los lugares ceremoniales indígenas, de conformidad con el concepto amplio de territorio indígena. Para el efecto, dispone que cuando en el proceso de levantamiento catastral se determine por las comunidades indígenas aledañas, que existen lugares tradicionales de uso ceremonial, el Registro deber hacer el levantamiento topográfico de la fracción correspondiente y las servidumbres de hecho, notificando en un plazo de 30 días al propietario o poseedor del predio, a las comunidades interesadas y a la institución que corresponda para garantizar la existencia del lugar y su uso ceremonial. Adviértase, que una vez establecido el lugar ceremonial, de pleno derecho deben establecerse las servidumbres de paso y la obligación del propietario o poseedor del inmueble de conservar el lugar ceremonial. Pero la ley guarda silencio en relación con otros aspectos del concepto de territorio ampliado indígena que recoge el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, como el aprovechamiento de recursos naturales y el acceso a manantiales. Particularmente el acceso al agua es un tema sensible en Guatemala, que por mandato constitucional es de dominio público, pero se utiliza y administra como un recurso de propiedad particular, ante la falta de una ley de aguas.

El Código Municipal es otra de las leyes que tienen algún mérito, en el reconocimiento de derechos indígenas. Las autoridades municipales son las más inmediatas a las comunidades indígenas, por lo que la referida ley, debería ser de las más completas en la determinación de ciertos derechos. El Código Municipal, establece en el artículo 20, el derecho del reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, que califica de formas de cohesión social natural. Para el efecto deben inscribirse en el Registro Civil de la municipalidad. El reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos o comunidades indígenas, no es necesario para que hagan valer sus derechos de propiedad colectiva de la tierra. Pero cuando el Estado lo establece como requisito, debe adoptar medidas adecuadas para facilitar a los pueblos o comunidades indígenas, por medio de un procedimiento rápido y sencillo, el reconocimiento de esa



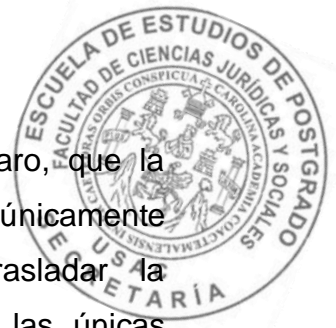
personalidad. El reconocimiento de la personalidad jurídica por la municipalidad, debe ser válido para hacer valer toda clase de derechos como pueblos y ante cualquier autoridad, y no solamente en asuntos del municipio.

Es necesario traer a colación como enfoca el tema de la personería o personalidad jurídica de los pueblos indígenas la Corte Interamericana. Para el alto tribunal de derechos humanos, la personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos que las comunidades indígenas ya tienen, que han venido ejerciendo históricamente, y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Por lo que todos sus derechos, como formas de organización, designación de líderes y el reclamo de sus tierras tradicionales, no se reconocen a la persona jurídica que se inscribe para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma.⁵²⁵ Esto significa que la comunidad o el pueblo indígena, tiene una preexistencia histórica, de manera que no nacen a la vida jurídica como entes colectivos a partir del reconocimiento del Estado como personas jurídicas colectivas y lo mismo sucede con sus derechos.

El artículo 20 del Código Municipal, también contiene el mandato de respetar la organización y administración interna de las comunidades, de acuerdo con las normas, valores, procedimientos propios y autoridades tradicionales. Esto implica que se reconoce el derecho indígena, que es la base fundamental de la propiedad colectiva o comunal de la tierra.

Por su parte el artículo 109 del Código Municipal, aborda el tema de las tierras comunitarias. Las autoridades municipales deberán, previa consulta con las autoridades comunitarias, establecer los mecanismos que garanticen a las comunidades el uso, conservación y administración de las tierras comunitarias, cuya administración se haya encomendado tradicionalmente al gobierno municipal. Esta disposición es muy importante, porque históricamente la administración de muchas de las tierras de las comunidades indígenas, fue

⁵²⁵ Caso de la Comunidad Yakeye Axa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 82 de la sentencia.



encomendada a las municipalidades. Esta disposición deja muy claro, que la titularidad de la tierra, la tienen las comunidades y las municipalidades únicamente la administración. Las comunidades tienen la facultad de trasladar la administración a sus propias autoridades y por consiguiente, son las únicas facultadas para hacer trámites relacionados con la propiedad, posesión y tenencia de la tierra. Esta interpretación es fundamental para evitar abusos como el cometido por la municipalidad de Chuarrancho, con el despojo que intentó hacer a la comunidad Chajomá Cakchiquel de Chuarrancho, del cual ya hicimos referencia.

4.7 Medidas que debe adoptar el Estado de Guatemala para adecuar la legislación interna a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en materia de propiedad colectiva del territorio o tierra indígena

El Estado de Guatemala, debe adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias, para el efectivo ejercicio del derecho de propiedad colectiva, por parte de los pueblos o comunidades indígenas. Esta obligación proviene de la propia Constitución, porque si la propiedad colectiva indígena está reconocida en el texto constitucional, deben desarrollarse plenamente ese derecho fundamental. Además, el Estado está obligado a adoptar medidas por el bloque de convencionalidad, de conformidad con el artículo 2, de la Convención Americana y del artículo 2, del Convenio 169.

Una vez reconocido un derecho, debe garantizarse su efectividad. Se ha comprobado como Guatemala, tiene un desarrollo deficiente de la legislación ordinaria, que haga efectivo el ejercicio del derecho fundamental de propiedad colectiva indígena. Apenas están las disposiciones del Código Municipal y la Ley del Registro de Información Catastral, de la cual se originó El Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales.



Es importante que todo lo relativo al ejercicio y desarrollo de la propiedad colectiva o comunal indígena, debe incluirse en la Ley Comunal Indígena, que establece el artículo 70 de la Constitución, para hacerlo de una manera técnica y sistematizada.

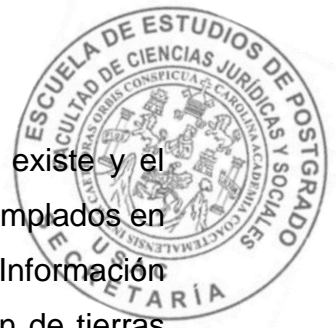
Los principios y lineamientos generales, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el tema de propiedad colectiva del territorio, la tierra o ambos, deben estar incluidos en la ley respectiva. Además, se deben incluir criterios de la Corte de Constitucionalidad, hayan o no conformado doctrina legal, que se considere están conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

A continuación, se hace una relación de los principios, criterios y aspectos a regular en la legislación interna, teniendo siempre como objetivo, una mayor y mejor protección de la propiedad colectiva de la tierra indígena.

4.7.1 La existencia de una entidad gubernamental competente para la demarcar, delimitar y titular la propiedad colectiva o comunal indígena

El Estado de Guatemala, debe crear o establecer qué entidad gubernamental, debe encargarse de conocer todo lo relativo al reconocimiento de propiedades colectivas indígenas. De preferencia, sería aconsejable que fuera una entidad autónoma, para disminuir el riesgo de interferencia y cooptación política. El procedimiento a seguir, debe estar claramente establecido en la ley.

La entidad competente para el reconocimiento de la propiedad colectiva indígena, debe encargarse de demarcar y delimitar las propiedades. Esto implica establecer una medición exacta de la propiedad y el establecimiento de límites. El procedimiento debe tomar en cuenta el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de la comunidad indígena interesada. La entidad debe tener la facultad de otorgar títulos de propiedad, los cuales deben ser registrables en el Registro General de la Propiedad, para dar certeza al derecho de propiedad



colectiva de la tierra indígena. En Guatemala este procedimiento no existe y el Registro General de la Propiedad, no registra actos que no estén contemplados en el artículo 1125 del Código Civil. En la actualidad, el Registro de Información Catastral, si bien tiene facultades para el reconocimiento y declaración de tierras comunales, no puede extender títulos de propiedad, lo que vendría a dar certeza jurídica a las tierras comunales.

Por otra parte, la entidad debe tener competencia para solucionar los conflictos que surjan. En la actualidad el Registro de Información Catastral, por medio del Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, tiene facultades para convocar a un procedimiento conciliatorio. Cuando el conflicto es entre comunidades indígenas, el RIC debe aceptar los métodos de resolución de conflictos propuestos por las partes, lo que implica métodos propios del derecho indígena. En caso de acuerdo, se suscribe un acta con las bases conciliatorias, lo que da lugar al establecimiento de los linderos. El problema se da cuando hay conflicto con propiedad privada. Cuando el conflicto no se soluciona por medio de la conciliación, el RIC solamente puede declarar el terreno como catastrado irregular, de conformidad con el artículo 41 de la ley.

En los casos en que el conflicto es con propiedad privada particular, la tendencia seguramente será la de judicializar el conflicto. El artículo 17 del Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, establece que, si el conflicto está en conocimiento de alguna institución estatal u órgano jurisdiccional, se suspende el trámite para la declaratoria de tierra comunal hasta conocer lo resuelto. Es conveniente que la entidad administrativa competente, tenga la potestad de conocer el conflicto hasta su solución, de tal manera que únicamente se pueda judicializar la resolución administrativa que ponga fin al conflicto. De igual manera, es conveniente que en el procedimiento se establezca que, en caso de planteamientos de acción de amparo, el procedimiento no se suspenda, sino hasta la resolución de fondo. Lo importante, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, es que la delimitación, demarcación y el



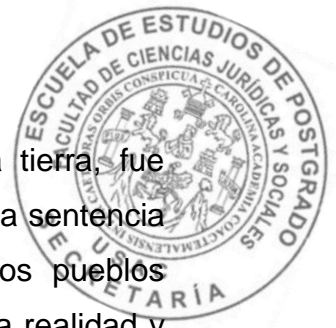
otorgamiento de títulos de propiedad colectiva o comunal indígena, se resuelva en un plazo razonable.

El procedimiento para el reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de la propiedad colectiva es una de las primeras obligaciones del Estado. Por ejemplo, esa falta de previsión, en el caso de Nicaragua, dio lugar a la resolución vinculante para ese Estado, de adoptar en su derecho interno, en consecuencia con el artículo 2 de la Convención, de acuerdo con lo ordenado por la Corte Interamericana, las medias legislativas y administrativas que sean necesarias para establecer un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de propiedades indígenas, que esté acorde con el derecho consuetudinario, los valores, costumbres y usos de la comunidad indígena, en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni.⁵²⁶ En esa responsabilidad está incurriendo el Estado de Guatemala, al no contar con un procedimiento específico, que una vez demarcado y delimitado el territorio o la tierra colectiva indígena, dé lugar a la extensión de un título de propiedad.

4.7.2 Procedimiento para la reivindicación de tierras comunales o de propiedad colectiva indígena

La misma ley que establezca el procedimiento para el reconocimiento de la propiedad colectiva es aconsejable que contenga el procedimiento específico para la reivindicación de tierras. Este punto es esencial para garantizar el derecho de propiedad, marca la diferencia entre una protección real de la propiedad colectiva y el reconocimiento puramente formal. Este es, sin lugar a duda, el paso legal que más teme la Cámara del Agro en Guatemala. Pero es un aspecto ineludible, de conformidad con el control de convencionalidad. Las comunidades indígenas tienen el derecho de reivindicar sus territorios, cuando los han perdido de manera ilegal o injusta y mantienen la relación especial con la tierra, aun cuando hayan perdido la posesión.

⁵²⁶ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Op. cit. Párrafo 173, del Por lo tanto, numeral 3 de la sentencia.



El derecho de reivindicación de la propiedad colectiva de la tierra, fue abordado en el caso de la comunidad Yakye Axa. La Corte indicó en la sentencia respectiva, que Paraguay reconoce la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, pero se debía determinar si este se ha hecho efectivo en la realidad y en la práctica. Para luego concluir la Corte, que el Estado en la contestación de la demanda, reconoció que por circunstancias de hecho y de derecho no ha podido satisfacer el derecho de reivindicación de la propiedad comunal o colectiva indígena.⁵²⁷ En Guatemala existe un reconocimiento constitucional, que ya se ha expresado en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, pero falta muchas disposiciones del derecho interno para hacerlo realmente efectivo.

Por otra parte, el procedimiento debe contemplar la realización de peritajes culturales y antropológicos, para establecer la relación histórica con el territorio y la persistencia del vínculo especial-espiritual con la tierra. Este elemento, como tuvimos oportunidad de comprobar, es esencial para fundamentar el derecho de reivindicación.

En la actualidad, el Reglamento Específico para el Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales comprende el peritaje cultural, cuando existan dudas por parte del analista jurídico del RIC, por no contar con suficientes elementos de convicción para declarar la procedencia o no de la declaratoria de tierra comunal. El perito debe emitir su dictamen en el plazo de treinta días contados a partir de la fecha del contrato por el cual se obliga a realizar el peritaje. Este peritaje, como se indicó, es solamente para la declaratoria de reconocimiento de tierra comunal. Pero en el caso de reivindicación de tierras, que ya no están en posesión de la comunidad indígena, los peritajes culturales y antropológicos son fundamentales para dar una solución justa a la controversia.

El procedimiento para resolver el tema de reivindicación de tierras comunales, debe contemplar los parámetros para la imposición de restricciones a

⁵²⁷ Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay. Op. cit. Párrafo 66 de la sentencia.



la propiedad. El Estado una vez establecido que las tierras están en poder de propietarios privados de buena fe, deberá resolver si procede la expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, o bien, optar por proporcionar tierras alternativas.

Se tuvo la oportunidad de determinar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, existen pautas que son de obligatoria observancia para determinar si procede la expropiación en favor de las comunidades indígenas. En el caso de Guatemala, estas pautas son adicionales a los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Constitución, en cuanto que la expropiación debe ser por razones de interés colectivo, beneficio social y utilidad pública. El procedimiento de expropiación de tierras comunales debe ser integral. Es decir, debe enumerar expresamente en la ley las restricciones por las que procede la expropiación. Por ejemplo, una de esas causas podría ser la expropiación de tierras que comprobadamente pertenecen a comunidades indígenas. Además, la necesidad de expropiar y la proporcionalidad de llevar a cabo esa expropiación. Por otra parte, debe tener como fin alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática, como lo ha establecido la Corte en la sentencia del caso de la comunidad Yakye Axa Vs Paraguay.⁵²⁸ Además, es particularmente importante, que en la ponderación de una posible expropiación, se incluya el quinto elemento específico para el caso de expropiación por declaratoria de tierra comunal, la importancia del territorio ancestral, el hecho que la tierra se encuentra marcado en forma indeleble en la memoria histórica de la comunidad, por lo que la relación con la tierra es de una importancia tal que su desvinculación implica el riesgo cierto de una pérdida cultural y étnica de carácter irreparable, lo que implica una pérdida para la diversidad cultural.⁵²⁹

⁵²⁸ Ibid. Párrafo 144, de la sentencia.

⁵²⁹ Ibid. Párrafo 206, de la sentencia.



4.7.3 Regular el procedimiento de consulta a los pueblos indígenas

El Estado está consciente de la obligación de regular el procedimiento de consulta, porque existen claras manifestaciones en la normativa interna y en la jurisprudencia constitucional en ese sentido. Ese es el caso del artículo 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto 11-2002, del Congreso de la República, que dispone que en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, la consulta a los pueblos maya, xinca y garífuna, sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que los afecte directamente, podrá hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo. Esta es una disposición paliativa y transitoria, que no satisface las necesidades y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado.

Por otra parte, está el artículo 65 del Código Municipal, que establece un procedimiento de consulta a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Este procede cuando la naturaleza de un asunto los afecte particularmente. El procedimiento se activa a petición de las comunidades o autoridades indígenas, en el cual se podrá aplicar, criterios propios de las costumbres y tradiciones propias de los pueblos interesados. De manera concreta el artículo 66 del Código Municipal, establece entre otros, la aplicación del criterio del sistema jurídico de las comunidades indígenas. Además, se establece el criterio vinculatorio de la consulta, cuando participen al menos el cincuenta por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.

El procedimiento de consulta al que se hace referencia, establece aspectos positivos, pero también inconvenientes. Ya se ha destacado los aspectos positivos. En cuanto a lo negativo, se vinculan de alguna manera al sistema electoral oficial, porque solamente pueden participar los vecinos empadronados. En una comunidad indígena el órgano legítimo para tomar decisiones es la asamblea del pueblo o comunidad, constituida por los miembros adultos, y no puede imponerse la limitación que deben estar empadronados para formar parte



de la asamblea. Pero, la mayor limitación es que solamente pueden abordarse temas de las corporaciones municipales, dejando fuera otras medidas provenientes del Organismo Ejecutivo que afecte a las comunidades.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad, ha manifestado en su jurisprudencia que, en el contexto de los proyectos de exploración y explotación minera, la consulta se encuentra ligada de manera significativa con el entendimiento del papel de la tierra de origen en la cosmovisión indígena, como lo ha anotado la Corte Interamericana. Esto guarda relación, indica la Corte de Constitucionalidad, con el contenido del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, en el sentido que los Estados deben respetar la importancia especial que para la cultura y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste la relación con la tierra o territorios, o con ambos, según sea el caso, que ocupan o que utilizan de alguna manera y en especial los aspectos colectivos de esa relación.⁵³⁰ El reconocimiento de un derecho humano fundamental en la Constitución, implica la observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que regulan ese derecho, como la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuya competencia ha reconocido el Estado.

La Corte de Constitucionalidad ha manifestado que procede el otorgamiento de la protección constitucional que el amparo conlleva, si la autoridad gubernamental competente para autorizar un proyecto, actividad u operación relacionada con el aprovechamiento de recursos naturales de las comunidades indígenas, el cual pueda preverse provocará afectación en sus condiciones de vida, omite realizar la consulta prevista en el Convenio 169, reconocida como derecho fundamental de carácter colectivo.⁵³¹

⁵³⁰ Expediente 3878-2007, Gaceta número 94, sentencia de apelación de amparo, fecha 21 de diciembre de 2009, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

⁵³¹ Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012, Gaceta 117, sentencia de apelación de amparo de fecha 14 de septiembre de 2015, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.



Por otra parte, el Estado de Guatemala, debe cumplir con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana, para que la consulta sea un procedimiento válido y democrático, por el cual las comunidades indígenas, puedan defender sus territorios o tierras. Entre los parámetros están, que la consulta debe efectuarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión. Se debe brindar información a la comunidad o comunidades, por lo que la comunicación debe ser constante. La consulta debe realizarse de buena fe y el procedimiento debe llevarse a cabo observando las costumbres, prácticas, tradiciones y métodos tradicionales de la comunidad. Para el caso de planes de desarrollo o inversión a gran escala, que podría tener un gran impacto en el territorio indígena, el Estado no solamente debe consultar, sino además obtener el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad.⁵³²

En Guatemala, la población está familiarizada con la práctica del Estado de autorizar proyectos mineros en favor de empresas privadas que inmediatamente invierten en los proyectos. Después, ante la perspectiva de tener que hacer una consulta de conformidad con los criterios jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad, acusan a las comunidades de impedir el desarrollo y de ocasionar pérdidas millonarias de capital, haciéndolas ver ante el resto de la población como intransigentes. Por esa razón, la consulta debe ser previa, para que el Estado conozca la posición de la comunidad indígena, de acuerdo con la información integral que se les proporcione, sobre las características del proyecto y los riesgos que implica para el estilo de vida de la comunidad, los recursos naturales y el ambiente. Esa información debe provenir de estudios de impacto ambiental, realizado por instituciones serias y objetivas, no por empresas contratadas directamente por las compañías mineras. Todos los aspectos que se han mencionado, no pueden dejar de figurar en una eventual ley que regule el procedimiento de consulta de los pueblos indígenas en Guatemala.

⁵³² Sentencia del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Op. cit. Párrafos 133 y 134 de la sentencia.



CONCLUSIONES

Las razones por las cuales son compatibles los fundamentos esenciales del derecho de propiedad colectiva de la tierra y territorios indígenas, establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada de la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con la Constitución Política de la República de Guatemala, está en la regulación constitucional de la propiedad colectiva indígena y en la protección de las tierras comunales indígenas, como en el reconocimiento de las costumbres, organización social y forma de vida de los pueblos indígenas, expresados en el texto constitucional, como fundamentos que sustentan la existencia y protección de las tierras comunales indígenas, en la forma siguiente:

- 1) La posesión tradicional de la tierra o territorio, como fundamento del derecho de propiedad colectiva indígena, está reconocido en el artículo 67 constitucional, que protege la posesión de las tierras que tradicionalmente pertenecen a las comunidades indígenas, de conformidad con el derecho de propiedad comunal establecido por la costumbre indígena reconocida en el artículo 66 constitucional.
- 2) La relación especial, material y espiritual que las comunidades indígenas tienen con la tierra o territorios desde su cosmovisión, que fundamenta el derecho de propiedad colectiva indígena de la tierra, es compatible con el artículo 58 (identidad cultural) y 66 constitucionales, que reconoce la costumbre, las tradiciones y forma de vida de las comunidades indígenas, que configuran desde la cosmovisión la relación especial con la tierra, como fundamento del derecho de propiedad colectiva indígena.
- 3) El derecho de reivindicación de la propiedad colectiva indígena de la tierra, está protegido constitucionalmente por la protección genérica que otorga al derecho de propiedad el artículo 39 y el artículo 67 constitucional, que protege las tierras comunales que históricamente les pertenece a las comunidades indígenas, como fundamento del derecho de recuperación de



la tierra colectiva o comunal, cuando se pierde la posesión por actos violentos o causas ajenas a la comunidad titular del derecho.

- 4) El derecho de consulta al pueblo o comunidad indígena, cuando se tomen medidas legislativas, administrativas o proyectos de desarrollo, susceptibles de afectar sus territorios, está garantizado por el principio de participación democrática, implícito en la Constitución; además en el mandato de protección de las tierras comunales que históricamente pertenece a las comunidades y que administran en forma especial de acuerdo con el artículo 67, de conformidad con sus costumbres, tradiciones y forma de vida reconocidos por el artículo 66 y el derecho a la integridad de la identidad cultural plasmado en el artículo 58 constitucional, que les legitima a participar en la toma de decisiones como medio de defensa de sus territorios.



REFERENCIAS

Libros

1. Alva, A. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho internacional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, número 76. Editorial de Deusto, Bilbao, España, 2014.
2. Adams. Richard N. *La población indígena en el Estado liberal*. En: Historia general de Guatemala. Tomo V. Época contemporánea 1898-1944. Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1999.
3. Aguilar, Vladimir y Linda Bustillos Ramírez. *Pueblos aislados y en contacto inicial: caso Venezuela*. En: Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra. 20-22 de noviembre de 2006. Editorial Tarea Asociación Gráfica Educativa, Alejandra Parellada (Comp.), Copenhague, 2007.
4. Arce, Celín. *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional*. Constitución. EUNED, San José, Costa Rica, 2008.
5. Amelia Alva Arévalo. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho internacional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, número 76. Editorial de Deusto, Bilbao, España, 2014.
6. Alarcón-Cháires, Pablo. *La etnoecología. Hacia una transición epistemológica de la ciencia*. En: Enfoques metodológicos críticos e investigación en ciencias sociales. Luis llanos Hernández, María Antonieta





- Goytia Jiménez y Arturo Ramos Pérez (Comps.), Editores Plaza y Valdez, México, 2004.
7. Avendaño, Jorge V. *Atributos y caracteres del derecho de propiedad*. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen I. 10ª edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú, 1997.
 8. Álvarez, Soto. *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones del derecho civil*. 3a. edición, Editorial Limusa, Noriega Editores, México, D.F. 1982.
 9. Angosto Sáenz, José Fulgencio. *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*. Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, España, 1998.
 10. Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil II. Cosas, bienes y Derechos Reales*. 8ª, edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2008.
 11. Aylwin, José. *Los ombudman y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Mikel Berraondo (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006.
 12. Amnistía Internacional. *GUATEMALA: La minería en Guatemala. Derechos en Peligro*. Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, Secretariado de Reino Unido, Londres, Inglaterra, 2014.
 13. Amnistía Internacional. *La lucha por la supervivencia y la dignidad. Abusos contra los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia*. Edición en español Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Valderribas, España, 2010.



14. Amnistía Internacional. *Estamos reclamando solo lo que es nuestro*. Pueblos indígenas de Paraguay, comunidades Yakye y Sawhoyawaxa, EDAI, Paraguay, 2009.
15. Acosta, María Luisa. *El Estado y la tierra indígena en las regiones autónomas: el caso de la comunidad mayagna de Awás Tingni, Nicaragua*. En: *El reto de la Diversidad*. Willem Assies, Gemma Van Der y André Hoekema (Comps.), Editorial El Colegio de Michoacán, México, 1999.
16. Alvarado, Eligio. *Perfil de los pueblos indígenas de Panamá*. Impresiones La Milagrosa, Unidad Regional de Asistencia Técnica (Ruta) y Ministerio de Gobierno y Justicia, Panamá, 2001.
17. Alvé, Xavier. *Lenguas e identidades étnicas*. En: *Linguistics and Archaeology. The historization of language and society*. Eithne B. Carlin & Simon Van de Kerke (Comps.), Editorial Brill, Netherlands, 2010.
18. Aziz Nassif, Alberto. *México, al inicio del siglo XXI. Democracia, ciudadanía y desarrollo*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2003.
19. Balza Alarcón, Roberto. *Tierra, territorio y territorialidad indígena. Un estudio sobre evolución en las formas de ocupación del espacio del pueblo indígena chiquitano de la ex-reducción jesuita de San José*. IWGIA, Bolivia, 2001.
20. Barbé, Lluís. *Curso de introducción a la economía*. Editorial Labor, Barcelona, España, 1993.
21. Berraondo López, Mikel. *Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación*. En: *Los derechos indígenas tras la Declaración*. El



- desafío de su implementación. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (Comps.), Serie Derechos Humanos, Volumen 20, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013.
22. Barié, Cletus Gregory. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2ª, edición, actualizada y aumentada, Editorial Abya Yala, Bolivia, 2003.
23. Banco Centroamericano de Integración Económica. *Estudios territoriales de la OCDE. La Región Mesoamericana. Sureste de México y América Central*. Traducción: Carmen Navarrete, Otto W. Martínez y María T. Flores (Comps.), OIM Editorial S. A., Honduras, 2006.
24. Berraondo, Mikel. *Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente*. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Mikel Berraondo (Comp.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006.
25. _____. *El caso Awas Tingni: la esperanza ambiental indígena. El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2003.
26. Bailón Corres, Moisés Jaime y Carlos Brokmann Haro. *Los pueblos indígenas de México y sus derechos: una breve mirada*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015.
27. Barié, Cletus Gregor. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2ª, edición, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2003.



28. Bastidas Valecillos, Luis. *Las tierras comunales indígenas en la legislación venezolana. Estudio de un caso*. En: Revista Cenicep, No. 21, enero-diciembre, año 2002, Universidad de los Andes, Venezuela, 2002.
29. Bello, Luis Jesús. *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Copenhague, Dinamarca, 1999.
30. Campbell, Maia Sophia. *Contribución del sistema interamericano en la definición e interpretación de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*. En: Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de su implementación. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (Comps.), Serie Derechos Humanos, Volumen 20, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013.
31. Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México*. En: Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Comps.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
32. Carlos Zolla y Emiliano Zolla Márquez. *Los pueblos indígenas de México. 100 preguntas*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
33. Centro de Estudios de Guatemala. *Guatemala entre el dolor y la esperanza*. Diputación Provincial de Valencia, Universitat de Valencia, Coordinador Luis Eduardo Martínez de León, Valencia, España, 1995.



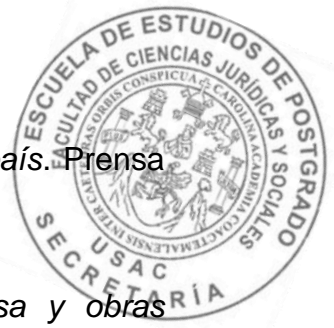
34. Cerdeira Bravo de mansilla, Guillermo. *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*. Editorial Reus, S. A., Madrid, 2013.
35. Carpintero, Francisco. *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Ediciones Encuentro, Madrid, España, 2008.
36. Carmack, Robert M. *Los indígenas*. En: Historia general de Guatemala. Tomo IV, Época Contemporánea 1898-1944. Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1999.
37. Coulanges, Fustel de. *La Ciudad Antigua*. 9a. Edición, Traducción de Alberto Fano, Editorial Edaf, S. A. Madrid, España, 2006.
38. Canudas Sandoval, Enrique. *Las venas de plata en la historia de México. Síntesis de historia económica siglo XIX*. Tomo III. Editorial Utopía S.A. de C.V., Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2005.
39. Chaves Mendoza, Álvaro, Jorge Morales Gómez y Horacio Calle Restrepo. *Los indios de Colombia*. Editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, 1995.
40. Cambranes, J. C. Ruch'ojinem QalewaL. *500 años de lucha por la tierra. Estudios sobre propiedad rural y reforma agraria en Guatemala*. Guatemala, Cholsamaj, 2004.
41. Cabedo Mallol, Vicente. *Análisis de las constituciones latinoamericanas. Regulación constitucional del derecho indígena en Iberoamérica*. En: Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina. Análisis constitucional justicia y derecho oaxaqueño (México). Justicia y derecho aymara (Perú), Antonio Peña Jumpa (Comp.), Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2002.



42. Conferencia de Ginebra. *El indígena y la tierra*. Realizada del 12 al 18 de septiembre de 1981. 3ª edición, Holanda, Ediciones Abya Yala, 1992.
43. Consejo Nacional de Áreas Protegidas. *Diagnóstico de la conservación y manejo de recursos naturales en tierras comunales*. Coordinador Silvel Elías, Grupo Promotor de Tierras Comunales, Guatemala, 2009.
44. Cerna Villagra, Sarah Patricia. Yvy Maraey: *El conflicto del Estado con los pueblos indígenas en Paraguay*. En: América Latina Hoy, Revista de Ciencias Sociales, Vol. 60, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2012.
45. Ceceña, Ana Esther. *Alternativa y sustentabilidad: alternativa de los pueblos*. En: Desarrollo agrícola y rural en el tercer mundo en el contexto de la mundialización. Editorial Plaza y Valdés, S. A. de C. V., México, D. F. 2004.
46. Cojtí Cuxil, Demetrio. *Políticas para la reivindicación de los mayas de hoy. Fundamentos de los derechos específicos del pueblo maya*. Editorial Cholsamaj SPEM, Guatemala, 1994.
47. Cojtí Cuxil, Demetrio. *El racismo contra los pueblos indígenas de Guatemala*. Centro de Documentación e Investigación Maya, CEDIM, Guatemala, 2005.
48. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Pueblos indígenas de Panamá: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2000*. Naciones Unidas y BID, Santiago de Chile, 2005.
49. CIID. *Protegiendo la biodiversidad. Leyes nacionales que regulan el acceso a los recursos genéticos en el continente americano*. Susan Perkoff Bass y



- Manuel Ruiz Muller (Comps.), Ediciones Piriguazú, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Costa Rica, 2001.
50. Clavero, Bartolomé. *Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas*. En: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Mikel Berraondo (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2006.
51. Caballero Arias, Hortensia. *La demarcación de tierras indígenas en Venezuela*. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* (en línea) 2007, 13 (septiembre-diciembre); (fecha de consulta: 26 de agosto de 2018). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17721562013>> .
52. Chang Vargas, Gisselle. *Indigenismo e identidad indígena*. En: *Primer Congreso Científico sobre pueblos indígenas de Costa Rica y sus fronteras*. Memoria: 1995. María Eugenia Bozzoli, Ramiro Barrantes, Dinorah Ovando y Mirna Rojas (Comps.), Costa Rica, EUNED, 1998.
53. De Ruggiero, Roberto. *Instituciones del derecho civil*. Volumen I, Editorial Reus, Madrid, España, 1929.
54. Desmet, Ellen. *Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-político*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 75, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2014.
55. De Julios Campusanos, Alfonso. *Dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1997.
56. Díez-Picazo y Luis Ponce De León. *Problemas Jurídicos de Urbanismo*. Editorial RAP, Madrid, España, 1964.



57. Díaz Cezeña, Leonel. *Mil 360 conflictos por tierras hay en el país*. Prensa libre, Nacionales, Guatemala, 4 de julio del año 2011.
58. De Gatta Sánchez, Dionisio Fernández. *Expropiación forzosa y obras públicas (1812-2010)*. En: Historia de la propiedad. La expropiación. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robles y Eugenia Torijano (Comps.), Ediciones Universidad Salamanca, España, 2010.
59. Dandler, Jorge. *Los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT*. En: Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global. Patricia Morales (Comp.), Siglo Veintiuno Editores, México, 2001.
60. De Fuentes y Guzmán, D. Francisco Antonio. *Historia de Guatemala o Recordación Florida*. Tomo I, Editor Luis Navarro, Madrid, España, 1882.
61. De Jong, Indrid y Antonio Escobar Ohmstede. *Un contexto comparativo del papel de los indígenas en la creación y la conformación de las naciones y los Estados en la América Latina del siglo XIX*. En: Las poblaciones indígenas en la conformación de las naciones y de los Estados en la América Latina decimonónica. Ingrid de Jong y Antonio Escobar Ohmstede (Comps), México, El Colegio de México, 2016.
62. Darío Correa, Hernán. *Derechos indígenas, globalización y derechos humanos: el reto del reconocimiento de la diversidad cultural en América Latina*. En: Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno. José Aylwin (Comps.), Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004.
63. Declaración de Iximché, de los pueblos indígenas de Guatemala, febrero de 1980.



64. Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, 2 de noviembre de 2001, París, 31^o reunión de la Conferencia General de la UNESCO.
65. Díaz Müller, Luis. *La propiedad en la ley de reforma agraria*. Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972.
66. Díez Astete, Álvaro y Pablo Cingolani. *Zona de Reserva absoluta Toromona: Hacia una política nacional de protección integral de los últimos pueblos indígenas aislados*. En: *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco*. Actas del Seminario Regional de Santa Cruz de la Sierra. 20-22 de noviembre de 2006. Editorial TAREA Asociación Gráfica Educativa, Alejandra Parellada (Comp.), Copenhague, 2007.
67. Echeverría Ramírez, María Clara y Análida Rincón Patiño. *Ciudad de territorialidades, polémicas de Medellín*. Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios de Hábitat Popular, Medellín, Colombia, 2000.
68. Estrada Ochoa, Adriana C. *Los hijos de la tierra. Identidad q'eqch'i en la aldea global*. En: *Dialogando alteridades. Identidades y poder en Guatemala*. José Alejos García (Comp.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
69. Espinoza Apolo, Manuel. *Los mestizos ecuatorianos y las señas de identidad cultural*. 3^a, edición, Editorial Tramasocial, Quito, Ecuador, 2000.
70. Fabila, Manuel. *Cinco siglos de legislación agraria*. 1^a, edición, Ediciones Gubernamentales de la S.R.A México, D. F., 1981.



71. Figuera Vargas, Sorily Carolina. *Autodeterminación indígena en Colombia. Estudio jurídico-político del caso de la comunidad Mokana de Malabo en el Caribe colombiano*. Editorial Universidad del Norte, Bogotá, Colombia, 2016.
72. Fernández Suárez, Jesús Aquilino. *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, España, 1991.
73. Figuera Vargas, Sorily Carolina. *Jurisdicción especial indígena en Latino América. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*. Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2015.
74. Fernández Segado, Francisco. *La evolución de la justicia constitucional*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2013.
75. Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001.
76. García Menéndez, José Ramón. *Derrumbe del liberalismo clásico y la encrucijada neoliberal*. En: *En la encrucijada del neoliberalismo. Retos, opciones, respuestas*. J. R. García Menéndez (Comp.), IEPALA Editorial, Madrid, España, 2000.
77. García Laguardia, Jorge Mario. *La Constitución guatemalteca de 1985*. Cuadernos Constituciones de México-Centroamérica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992.



78. Gamazo, Carol. Plaza Pública. *La Registradora de la Propiedad y la certeza de que nadie pueda reclamar Tikal*. Plaza Pública, 2 de diciembre de 2013. Consulta 2 de febrero de 2019. <https://www.plazapublica.com.gt/content/la-registradora>.
79. Gudiño, María Rosa. *Finqueros extranjeros en el Soconusco, legislación y colonización*. En: Estudios campesinos en el Archivo General Agrario. Vol. 2, Lourdes Romero Navarrete (Comp.), Editorial Ciesas, México, 1999.
80. Gros Espiell, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
81. Gómez Rivera, Magdalena. *Los pueblos indígenas y la razón de estado en México: Elementos para un balance*. En: Revista Nueva Antropología, Teresa Valdivia Dounce (Comp.), volumen 26, número 78, México, 2013.
82. Gómez Isa, Felipe. *Los pueblos indígenas como sujetos de derecho al desarrollo*. En: Pueblos indígenas y derechos humanos, M. Berraondo López (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
83. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. *El mundo indígena 2000-2001*. Traducción Mario Di Lucci, Anette Molbech (Comp.), IWGIA, Copenhague, Dinamarca, 2001.
84. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. *El mundo indígena 2008*. IWGIA, Kathrin Wessendorf (Comp.), Copenhague, Dinamarca, 2008.
85. Gabe, Mugarik. *Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo*. Icaria Editorial, s. a., Barcelona, España, 1995.



86. Gregor Barié, Cletus. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. 2ª. Edición, actualizadas y aumentada, editorial Génesis, La Paz, Bolivia, 2003.
87. Gonzalo, Colque. *La propiedad colectiva o comunitaria. Recientes enfoques y dilemas en la legislación agraria*. En: Reconfigurando territorios: Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia, Fundación Tierra, Juan Pablo Chumacero R. (Comp.), La Paz, Bolivia, 2010.
88. González Galván, Jorge Alberto. *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y las Obligaciones de México con su ratificación*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 96, Diego Valadés (Comp.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1999.
89. Ishii, Yoichi. *La costumbre jurídica en Iberoamérica en comparación con la de los AINU. El punto de vista de un investigador japonés*. En: Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india. Carlos H. Durand Alcántara, Miguel Ángel Sábano Rentería y Gerardo Gómez González (Comps.), Plaza y Valdés Editores, México, 2000.
90. Instituto Nacional de Estadística. *La población indígena de Venezuela*. Censo 2011. República Bolivariana de Venezuela. Vol. 1, No. 1, octubre 2013.
91. Jiménez, Ajb'ee. *El replanteamiento de la autonomía y la revitalización de los idiomas indígenas en Guatemala*. En: La plasmación política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina,



- Felipe Gómez Isa y Susana Ardanaz Iriarte (Comps.), Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2011.
92. Kunningham Kain, Myrna. *La participación política de los pueblos indígenas. Escenarios, estrategias, modalidades y resultados*. En: Los derechos indígenas tras la declaración. Desafíos de su implementación. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo editores, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013.
93. León-Portilla, Miguel. *Pueblos indígenas de México. Autonomía y diferencia cultural*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
94. Londoño-Toro, Beatriz. *Balance de la Universidad del Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?* En: Justiciabilidad de los derechos colectivos. Beatriz Londoño-Toro (Comp.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2009.
95. López Bárcenas, Francisco. *Derechos indígenas en México*. En: Identidades culturales y derechos humanos. Manuel Calvo García (Comp.), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Editorial Dykinson, México, 2002.
96. Landeros Suárez, Arturo. *Dinámica e impactos de la expansión agroindustrial en la Argentina y el Paraguay contemporáneos: contrastes y similitudes entre el noroeste y el oriente paraguayo*. En: La frontera argentino-paraguaya ante el espejo. Porosidad y paisaje del Gran Chaco y



- del Oriente de la República del Paraguay, Edicions Universitat Barcelona, España, 2012.
97. López Martínez, Atencio. *El pueblo Cuna frente a los retos del año 2000*. En: Pueblos indígenas. Nuestra visión del desarrollo, de la organización no gubernamental Mugarik Gabe, Icaria Editorial, Barcelona, España, 1995.
98. López-Nieto y Mallo, Francisco. *Manual de expropiación forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. 3ª. ed., Gráficas Muriel, S. A., Madrid, España, 2007.
99. Lucena Salmoral, Manuel. *Historia General de España y América. El descubrimiento y fundación de los reinos ultramarinos, hasta finales del siglo XVI*. Tomo VII, Ediciones Rialp, S. A, Madrid, España, 1982.
100. Lagunas, David. *Antropologías del turismo*. En: Antropología y turismo. Claves culturales y disciplinares. David Lagunas (Comp.), Editorial Plaza y Valdes, S. A., México, 2007.
101. Mackay, Fergus. *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*. Traducción Mario Di Lucci, Iwguia, Copenhague, Dinamarca, 2002.
102. Muñoz Onofre, J. P. *La brecha de implementación. Derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2016.
103. Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Editorial Universidad de Rosario, Bogotá, D. C, Colombia, 2007.



104. McCreery, David. *El café y sus efectos en la sociedad indígena*. En: Historia general de Guatemala. Tomo IV. Época Contemporánea 1898-1944. Asociación de Amigos del País, Fundación para la Cultura y el Desarrollo, Guatemala, 1999.
105. Montes, Adelfo Regino y Gustavo Torres Cisneros. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades*. En: El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas. Editores Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, traductor Elaine Bolton, Editorial IWGIA, Copenhague, Dinamarca 2010.
106. Mayer-Serra, Carlos Elizondo. *Derecho de propiedad*. En: Léxico de la política, Laura Baca Olamendi y otros, (Comps.), Editorial Fondo de Cultura Económica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 2000.
107. Martí I Puig, Salvador. *Sobre la emergencia y el impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global*. En: Etnicidad, autonomía y gobernabilidad en América Latina. Salvador Martí I Puig y Josep Ma. Sanahja (Comps.), Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004.
108. Mosonyi, Esteban Emilio. *El indígena venezolano es pos de su liberación definitiva*. Fundación Editorial El Perro y la Rana, Caracas, Venezuela, 2008.



109. Mejías, Sonia Alda. *La ciudadanía y el voto. Estudio comparativo en Centroamérica 1824-1930*. En: Consolidación Republicana en América Latina. Rosario Sevilla Soler (Comp.), Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, España, 1999.
110. Memoria del IV encuentro taller latinoamericano de teología india. *En busca de la tierra sin mal. Mitos de origen y sueños de futuro de los pueblos indios*. Paraguay, Ediciones Abya Yala, 2004.
111. Mignolo, Walter. *El pensamiento des-colonial, desprendimiento y apertura: un manifiesto*. En: Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento. Catherine Walsh, Álvaro García Linera y Walter Mignolo (Comps.), Ediciones del Siglo, Buenos Aires, Argentina, 2006.
112. Mackay, Fergus. *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Traducción del inglés: Mario Di Lucci, Eks-Skolens Trykkeri aps, Dinamarca, 2002.
113. Nash Rojas, Claudio E. *Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno. J. Aylwin (Comp.), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004.
114. Ochoa García, Carlos. *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Editorial Cholsamaj, Guatemala, 2002.
115. Ocallaghan Muñoz, Xavier. *Compendio de derecho civil*. Tomo III, Derechos Reales e Hipotecarios, 2ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2017.



116. Oficina Internacional del Trabajo. *Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 98º, reunión, Suiza, 2009.
117. Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Lucha, dolor y esperanza del campesinado guatemalteco*. Coordinador General Monseñor Gonzalo de Villa, Tinta y Papel Litografía, Guatemala, 2007.
118. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. *La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Una experiencia constructiva en favor de la paz*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998.
119. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. *Los rostros de las prácticas etnocidas en Guatemala. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala y Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, México, 1996.
120. ONU. Comité para la Eliminación de las Discriminación Racial. *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*. Observaciones finales CERD/C/PAN/CO/15-20. 19 de mayo de 2010.



121. Payno, Manuel. *Tratado de la propiedad. Ensayo de un estudio del derecho romano y del derecho público y constitucional en lo relativo a la propiedad*. Editorial I, Cumplido, México, 1869.
122. Perrone, Nicolás M. Artículo 21. *Derecho a la propiedad privada*. En: Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino. Enrique M. Alonso Regueira (Comp.), Revista La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina, 2013.
123. Piñero Royo, Luis Rodríguez. *El caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua*. En: Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno. José Aylwin (Comp.), Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004.
124. Piñero Royo, Luis Rodríguez. *La sentencia de la Corte Interamericana*. En: El caso Awas Tingni. Derechos humanos entre lo local y lo global. Felipe Gómez Isa (Comp.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2013.
125. PNUD. *Colombia rural: razones para la esperanza*. Informe nacional de desarrollo humano 2011, editora general Marcela Giraldo, Bogotá, Colombia, 2011.
126. Pop, Álvaro. *Informe Evaluación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala*. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, Guatemala, 2013.



127. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. *Autonomía Territorial*. En: Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional. Gabriel Mendoza Martelo, José Antonio Cepeda Amarís y Liliana Estupiñán Achury (Comps.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2013.
128. Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Tomo II, Derechos Reales, 3ª ed., Ediciones Pirámide, S. A., España, 1976.
129. Quispe, María Teresa. *Venezuela: Gobiernos locales y pueblos indígenas*. Organización Regional de Pueblos Indígenas del Amazonas, Puerto Ayacucho, Venezuela, 2005.
130. Quezada, Nohemí. *Respuesta indígena a la congregación de pueblos en el Valle de Toluca y zonas aledañas*. En: Otopames. Memorial del primer coloquio. Querétaro 1995. E. Fernando Nava L. (Comp.), 2ª, edición, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
131. Ramírez, Silvina. *Pueblos indígenas, identidad y territorio. Sin territorio no hay identidad como pueblo*. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 15, núm. 1, Italia, 2017.
132. Rancancoj A. Víctor M. *Socio-economía maya precolonial*. 2ª, edición, Fundación Chomalsaj, Guatemala, 2006.
133. Roldán Ortega, Roque. *Manual para la formación de Derechos Indígenas*. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales. 2ª, edición, Ediciones Abya Yala, Quito, Ecuador, 2005.
134. Rodríguez, Raúl. *Los refugiados guatemaltecos en México*. En: La etnografía de Mesoamérica meridional y el área circuncaribe. II coloquio



- Paul Kirchhoff. Andrés Medina (Comp.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, México, 1996.
135. Rodríguez Huerta, Gabriela. *Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos*. En: Recepción nacional de derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Comps.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.
136. R. Yrigoyen Fajardo. *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluriculturalidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción, jurisdicción indígena y desarrollo consuetudinario*. Perú: CEAS, 1995.
137. R. Stavenhagen. *Introducción al derecho indígena*. Documento: *Derechos Humanos de los pueblos indígenas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
138. Roldán Ortega, Roque. *Manual para la formación de Derechos Indígenas*. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales. 2ª, edición, Ediciones Abya Yala, Quito, Ecuador, 2005.
139. Piñero Royo, Luis Rodríguez. *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*. En: *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, M. Berraondo López (Comp.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
140. Rudquist, Anders y Roland Anrup. *Resistencia comunitaria en Colombia. Los cabildos caucanos y su guardia indígena*. En: *Revista Pap*.



- Polít. No. 2, Vol. 18, Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia julio-diciembre, 2013.
141. Rodríguez Beteta, Virgilio. *Ideologías de la Independencia*. 3ª edición, Editorial Universitaria Centroamericana, Costa Rica, 1971.
 142. Ramos Gorostiza, José Luis. Línea 300. *Economía, Marco Institucional y medio ambiente. La economía de los recursos institucionales desde el marco institucional*. Editorial Complutense, Madrid, España, 2000.
 143. Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Traducción Fernando de los Ríos. Duodécima edición, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2007.
 144. Roldán Ortega, Roque. *Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*. 2ª edición, ediciones Abya Yala, Quito, Ecuador, 2005.
 145. Rojas Lima, Flavio. *Los indios de Guatemala*. 2ª edición, Ediciones Abya Yala, Ecuador, 1995.
 146. Sánchez, J. *El hábitat no es una cosa*. En: Revista ¿Qué es el Hábitat? CEHAP, vol. 5, Facultad de Arquitectura, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2009. ps. 119
 147. Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo II., 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.
 148. Semper, Frank. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, tomo II, Jan Woischnik (Comp.), Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, Uruguay, 2006.



149. Sandoval Forero, Eduardo Andrés. *La ley de las costumbres en los indígenas Mazahuas*. Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.
150. Schiele Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente del Derecho: El papel de la jurisprudencia*. En: *Ars Boni et Aequi*, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo OHiggins, directora Luz María Reyes Santelices, Santiago de Chile, número 4, año 2008.
151. Salgado, Juan Manuel. *Tierras y territorios indígenas*. En: *Dossier propiedad comunitaria indígena*. Fernando Kosovsky (Comp.), Argentina, Editorial Universitaria de la Patagonia, 2015.
152. Salgado M., Jorge Manuel. *La gestión territorial indígena en tierras bajas: ¿Autonomías indígenas?* En: *Reconfigurando territorios, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia*. Informe 2009, Fundación Tierra, Juan Pablo Chumacero R. (Comp.), Editor Fundación Tierra, La Paz, 2010.
153. Sotomayor Dávila, Juana. *El enfoque de derechos como herramienta para la defensa de los territorios indígenas y sus recursos naturales*. En: *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Alicia Ely Yamin (Comp.), México, Plaza y Valdez, S.A. de C.V., 2006.
154. Stol, David. *Entre dos fuegos en los pueblos ixiles de Guatemala*. Ediciones Abya Yala, Ecuador, 1999.
155. Urgell, Jordi. *Implementación de los Acuerdos de Paz en el Ixcán*. En: *Etnicidad, autonomía y gobernabilidad en América Latina*, Salvador



- Martí I Puig y José Ma. Sanahuja (Comps.), Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004.
156. Vadillo Pinto, Alcides y Patricia Costas Monje. *Autonomía indígena tiene su propio sello en Charagua*. En: Reconfigurando territorios: reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia. Informe 2009, Fundación Tierra, Juan Pablo Chumacero (Comp.), la Paz, Bolivia, 2010.
157. Velasco Gómez, Ambrosio. *Del indigenismo histórico a la nacionalidad multicultural*. En: Modernidad iberoamericana. Cultura, política y cambio social. Vervuert, Madrid, España, 2009.
158. Valenzuela, Fernández, Rodrigo. *Inequidad, ciudadanía y pueblos indígenas en Bolivia*. Publicación de Naciones Unidas, CEPAL, Santiago de Chile, 2004.
159. Wagner, Regina. *Historia del café en Guatemala*. Villegas Editores, Guatemala, 2001.
160. Zaffaroni, Raúl Eugenio. *La Pachamama y el humano*. Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, Argentina, 2011.
161. Seminario Taller: *Los pueblos de la esperanza: frente al neoliberalismo*. Paulino Montejo y Xuaco Arnais (Comps.) Abya Yala Edinting, Ecuador, 1997.



Jurisprudencia internacional

1. Caso comunidad garífuna de Punta Piedra y sus miembros, Vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 8 de octubre de 2015.
2. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de interpretación de reparaciones y costas, de fecha 29 de agosto de 2011.
3. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo y reparaciones, de fecha 27 de junio de 2012.
4. Caso de la comunidad Moiwana Vs. Suriname. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 15 de junio de 2005.
5. Caso de la comunidad garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, vs. Honduras. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 8 de octubre de 2015.
6. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 31 de agosto de 2001.
7. Voto razonado concurrente de los jueces Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, sentencia de fondo, reparaciones y costas de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.



8. Voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.
9. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 28 de noviembre de 2007.
10. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa, Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 17 de junio de 2005.
11. Caso de la comunidad indígena Sawhoyomaxa Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 29 de marzo de 2006.
12. Caso de la comunidad Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 14 de octubre de 2014.
13. Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de fecha 24 de agosto de 2010.
14. Caso miembros de la aldea Chipuac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 30 de noviembre de 2016.



15. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativas a Guatemala, adoptadas en el 68º periodo de sesiones, del 20 de febrero al 10 de marzo de 2006.
16. Sentencia T-380/93, Corte Constitucional de Colombia, de fecha 13 de septiembre de 1993.
17. Sentencia T-235 de 2011, de la Corte Constitucional de Colombia.
18. Sentencia T-88 de 1993, de la Corte Constitucional de Colombia.
19. Sentencia T-300 de 2015, de la Corte Constitucional de Colombia.
20. Sentencia T-387 de 2013, de la Corte Constitucional de Colombia.
21. Sentencia T-052 de 2017, de la Corte Constitucional de Colombia.
22. Sentencia C-489 de 2012, de la Corte Constitucional de Colombia.
23. Sentencia número C-525, de la Corte Constitucional de Colombia.

Jurisprudencia nacional

1. Expediente 1822-2011, sentencia de fecha 17 de julio de 2012, página 28, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
2. Expediente 12-86, Gaceta1, inconstitucionalidad de carácter general, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1986, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
3. Expediente 199-95, opinión consultiva sobre la constitucionalidad sobre Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Gaceta número 36, opinión de fecha 18 de mayo de 1995, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.



4. Expediente 275-2000, Gaceta número 57, sentencia de apelación de amparo, fecha 9 de agosto de 2000, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
5. Expediente 628-2013, Gaceta 112, sentencia de apelación de amparo, fecha 24 de junio de 2014, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
6. Expediente 4334-2009, Gaceta número 96, sentencia de inconstitucionalidad general parcial, de fecha 1 de junio de 2010, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
7. Expediente 3878-2007, Gaceta número 94, sentencia de apelación de amparo, fecha 21 de diciembre de 2009, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
8. Expedientes acumulados 4957-2012 y 4958-2012, Gaceta número 117, sentencia de apelación de amparo de fecha 14 de septiembre de 2015, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
9. Expediente 97-1986, Gaceta número 3, sentencia de fecha 25 de febrero de 1987, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Informes en materia de derechos humanos indígena

1. Informe especial de la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, noviembre de 1983.
2. Informe del Relator Especial José R. Martínez Cobo, de fecha 30 de septiembre de 1983, presentado durante el 36º. Periodo de sesiones de la



Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, del Consejo Económico y Social, de Naciones Unidas.

3. Informe de fondo 125/12, caso 12.354, Pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros, Panamá. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington 13 de noviembre de 2012.
4. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas: Victoria Tauli-Corpuz. *Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay*. Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 30º, periodo de sesiones, 13 de agosto de 2015.

Convenios y convenciones en materia de derechos humanos

1. Convenio 107, de la Organización Internacional del Trabajo, Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes, fue adoptado en Ginebra, el 26 de junio de 1957.
2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos indígenas y tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989.
3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la resolución 2106 A, del 21 de diciembre de 1965.



4. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo XI, *Los derechos de los pueblos indígenas*, relativo a Guatemala, de fecha 6 de abril de 2001, Organización de Estados Americanos.
5. Informe alternativo a los informes 14^o y 15^o del Estado de Guatemala, ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), presentado por los pueblos indígenas organizados de Guatemala, sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación sobre todas las formas de Discriminación Racial, 86^o, periodo de sesiones, 27 de abril-15 de mayo de 2015.

Leyes nacionales e internacionales

1. Constitución de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 31 de mayo de 1985.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
3. Constitución Política de Colombia de 1991
4. Constitución Nacional de la República de Paraguay
5. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
6. Constitución Política de la República de Panamá
7. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia
8. Constitución Política de la República de Nicaragua
9. Acuerdo Gubernativo 123-87, del 20 de febrero de 1987, de la República de Guatemala.



10. Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, firmada en Viena, el 23 de mayo de 1969.
11. Ley Lerdo o Desamortización de Bienes en Manos Muertas, promulgada el 25 de junio de 1856, México.
12. Ley Agraria, México, del 26 de febrero de 1992.
13. Decreto 1953, de 7 de octubre de 2014, presidente de la República de Colombia.
14. Ley 445 denominada Ley de Régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos de Bocay, Coco, Indio y Maíz, de la Asamblea Nacional de la República de Nicaragua.
15. Ley número 904/81 Estatuto de las Comunidades Indígenas, Congreso de la Nación Paraguaya.
16. Informe de fondo No. 125/12, caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros, Panamá, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ciudad de Washington, 13 de noviembre de 2012.
17. Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierra de los Pueblos Indígenas, 12 de diciembre del año 2000, Venezuela.
18. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, firmado el 31 de marzo de 1995, suscrito entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).
19. Código Municipal, Decreto 12-2002, del Congreso de la República de Guatemala.



20. La Ley del Registro de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso de la República.
21. Reglamento Específico para Reconocimiento y Declaración de Tierras Comunales, contenido en resolución 123-001-2009 del Consejo Directivo del Registro de Información Catastral de Guatemala.
22. Ley 41, General de Ambiente de la República de Panamá.
23. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.
24. Ley 3545, Ley de Reconducción de la Reforma Agraria, del 28 de noviembre de 2006, Congreso Nacional de Bolivia.
25. Ley 1715, del 18 de octubre de 1996, Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria, del Congreso Nacional de Bolivia.
26. Ley 1715, del 18 de octubre de 1956, Congreso Nacional de Bolivia.
27. Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1945.
28. Decreto Gubernativo 170, Ley de Redención de Censos, promulgada por Justo Rufino Barrios en 1877.
29. Decreto 76, Reglamento para el Control de Jornales de los Trabajadores del Campo, de la Junta Revolucionaria de Gobierno.
30. Decreto 118, Ley de la Vagancia de 1945, Junta Revolucionario de Gobierno.
31. Decreto 900, Ley de Reforma Agraria.
32. Decreto 31 de 1954, Estatuto Agrario.