

## DIEZ RETOS DE LA AGENDA INDÍGENA DEL 2015

## PRIMER RETO

## TITULACIÓN DEL TERRITORIO ANCESTRAL INTEGRAL, COMO PROPIEDAD ORIGINARIA, INCLUYENDO LOS BOSQUES Y RECURSOS NATURALES

Raquel Yrigoyen Fajardo

[raquelyf@alertanet.org](mailto:raquelyf@alertanet.org)

IIDS/IILS

**El problema**

La muerte de Edwin Chota, Presidente de la Comunidad de Alto Tamaya Saweto, y de tres dirigentes más, en manos de taladores, puso en evidencia la parálisis de los gobiernos



regionales en la titulación de territorios indígenas.<sup>1</sup> Las comunidades se ven invadidas, deforestadas y contaminadas esperando una titulación que no llega, mientras que los gobiernos regionales alegan falta de recursos para el deslinde y titulación, o la imposibilidad de titular territorios que ya están otorgados en concesiones a terceros, o convertidos en áreas protegidas. Prima la falta de voluntad política y el nulo interés en cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de derechos indígenas.

Créditos: Archivo fotográfico de El Comercio

El gobierno ha anunciado la titulación de la Comunidad Alto Tamaya Saweto, como el inicio de una política que alcanzará a otras comunidades, pero esclarece que sólo reconocerá en propiedad las tierras que pueden utilizarse para el cultivo y la ganadería, esto es el 5% del territorio aproximadamente, mientras que los bosques o áreas de uso forestal serán titulados “en cesión en uso” (el 95% restante). Es decir, les “prestarán” sus bosques. Pero además, que se deberán respetar las partes del territorio ya entregadas a terceros (como a las petroleras), bajo otros títulos.

Aquí la agenda indígena es clara, basada en sus derechos intrínsecos y el amparo del derecho internacional.

**1. Titulación de pueblos y no sólo de comunidades.**

El caso del Pueblo Achuar del Pastaza, representado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), ilustra que los pueblos resisten y se están reconstituyendo como pueblos -a pesar de la fragmentación a la que han sido sometidos históricamente por las diferentes normas coloniales y republicanas-, por lo que demandan un reconocimiento como tales y no sólo como comunidades.

<sup>1</sup> La Comunidad de Alto Tamaya Saweto, en la frontera con Brasil, , como muchas otras, había venido solicitando por más de una década la titulación de su territorio, pero ello había sido negado por el Gobierno Regional, alegando que los territorios reclamados, declarados como “bosques de producción permanente”, ya habían sido entregados en concesión a empresas forestales. Véase nota sobre caso en: ABC en derechos indígenas N° 2, sobre Titulación de territorios indígenas, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9qUjRbg9NWk>.

FENAP viene exigiendo que, en casos como el suyo, donde el pueblo está organizado en una sola instancia de autogobierno, que la titulación no sea por comunidades sino del territorio integral del Pueblo Achuar del Pastaza. ¿Cuánto tardaría y costaría la titulación de las 44 comunidades que lo conforman?.

La propuesta indígena busca recuperar y afirmar su unidad étnico-lingüística y política, y es más eficiente en términos económicos para el Estado titular un pueblo que titular 44 comunidades. La organización comunal interna, como dice la Constitución, ya es asunto suyo. ¿Y esto es viable legalmente? Por supuesto, si se organizan en pueblos o comunidades es parte de su autonomía organizativa (Constitución, art. 89). En todo caso, el Estado no puede obligarlos a fragmentarse en comunidades a aquellos colectivos que prefieren mantenerse o reconstituirse como pueblos; sería vulnerar su integridad, prohibido por el Convenio 169 de la OIT (art. 2: respeto de la integridad).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es clara al reconocer que los pueblos indígenas “tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.” (art. 9). En este caso, los pueblos están optando por reconstituirse como naciones o nacionalidades para efectos de la titulación de su territorio. Configura una discriminación que el Estado les niegue la titulación de sus territorios, todo porque no aceptan ser reconocidos como comunidades sino como naciones o nacionalidades indígenas.

## 2. Titulación del territorio ancestral, como propiedad originaria

Los pueblos indígenas demandan la titulación de su territorio ancestral, como propiedad originaria y que antecede al Estado mismo, en primacía de los títulos que el Estado hubiera otorgado a terceros. Se trata de una propiedad originaria porque nadie les ha entregado, vendido, otorgado o cedido tales territorios, sino que son suyos porque los poseen ancestralmente.

Diferentes gobiernos regionales alegan que no pueden titular en propiedad territorios indígenas cuando los mismos ya han sido otorgados a terceros por otros títulos. Esto viola el principio de **ancestralidad**, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad originaria de sus territorios, la que se fundamenta en el mero hecho de la ocupación ancestral, esto es, por existir y estar ahí desde antes que el propio Estado.

El Convenio 169 de la OIT protege como “propiedad” las tierras de ocupación ancestral: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 14). Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana garantiza la propiedad de los territorios ocupados ancestralmente por pueblos indígenas y tribales (Casos *Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Saramaka vs. Surinam*, etc.). La Corte IDH obliga al Estado a delimitar, demarcar, titular y registrar en propiedad, los territorios que ocupan o poseen los pueblos indígenas.

Todas las Constituciones del Perú, desde 1920, reconocen la existencia legal de las comunidades indígenas/ campesinas/ nativas y sus tierras comunales. Esto es, reconocen que los colectivos indígenas pre-existen al Estado y de ahí se deriva el derecho a sus tierras.

La Ley de Comunidades Nativas N° 22175, también respeta el principio de ancestralidad. Por ello dispone, en su art. 12, que el Estado debe revertir al dominio de las mismas los títulos

adjudicados a terceros en territorios reclamados por comunidades, cuando estos títulos hayan sido otorgados después de 1920. Este es un argumento de seguridad jurídica. Como desde 1920, la Constitución es clara en reconocer la pre-existencia indígena y sus tierras, el Estado ya no tenía marco legal para otorgarlas a terceros, por lo que todo título otorgado a tercero es nulo y debe revertirse.

Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Alto Tamaya Saweto, el Gobierno Regional no tenía base legal para negarse a titular el territorio comunal bajo la excusa que ya había otorgado concesiones forestales el 2002, un año antes que la solicitud de la Comunidad. Aplicando la Ley de Comunidades Nativas, tales títulos deberían haber sido revertidos a la Comunidad, puesto que desde 1920 las Constituciones reconocen la pre-existencia de las comunidades indígenas y sus tierras. Y, aplicando la Constitución de conformidad con el derecho internacional, con mayor razón, el Estado debe reconocer y titular las tierras a las comunidades / pueblos indígenas en primacía de cualquier tercero.

### **3. Titulación integral, incluyendo la propiedad de bosques y recursos naturales**

Los pueblos exigen la titulación de sus territorios de forma integral, comprendiendo todo el hábitat y los recursos naturales que hay en ellos, como bosques, aguas, flora, fauna, etc., a fin de poder realizar todas las actividades que les garantizan su existencia, como caza, pesca, recolección, agricultura, ganadería, y toda otra actividad sostenible que desarrollen actualmente.

Al respecto, el Estado no acepta titular en propiedad las tierras de las comunidades que tienen aptitud forestal (los bosques), bajo el argumento de que la Ley de Comunidades Nativas, en su art. 11, establece que debe distinguirse el tipo de uso de las tierras para determinar si se otorgan en propiedad o “cesión en uso”. Esto es, si las tierras van a ser utilizadas para agricultura o ganadería, las mismas se reconocen en propiedad. Y, si son de uso o aptitud forestal, deben titularse en “cesión en uso”.

Cuando los pueblos argumentan que, según el artículo 89 de la Constitución, tienen derecho al reconocimiento y titulación de las tierras que ocupan, los funcionarios alegan que, según el art. 66 de la Constitución, “los recursos naturales son patrimonio de la Nación”. Y que por lo tanto, como los bosques son recursos naturales, se deben excluir de la propiedad que reconoce el art. 89, por que así lo mandan la ley de Comunidades nativas (art. 11).

Los funcionarios señalan que otras disposiciones legales también establecen que los bosques son patrimonio de la nación pero no indígena, así, la ley de recursos naturales, de aguas y la ley forestal, entre otras.

Aquí, cabe esclarecer lo siguiente:

#### **a) Principios de interpretación.**

Los funcionarios, en todos estos casos, interpretan el artículo 89, que reconoce la propiedad indígena de tierras, excluyendo los bosques, desde las limitaciones que establecen las leyes, puesto que la Constitución misma, en ese artículo ni en ningún otro, ha establecido que los bosques o tierras de aptitud forestal estén excluidas de la propiedad indígena. La interpretación de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución debe hacerse no desde la mirada restrictiva de las leyes, sino de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, según manda la Cuarta Disposición final transitoria de la Constitución.

**b) Distinción (inconstitucional) de usos de la tierra para efectos de la propiedad.**

La distinción del uso de las tierras para efectos de determinar la propiedad de las mismas la hace una ley, no la Constitución (y lo que la Constitución no distingue, no lo puede distinguir el intérprete). Es más, la Constitución garantiza el “libre uso de las tierras” (art. 89). Por lo tanto, si los pueblos usan las tierras para ganadería, agricultura o para uso forestal, eso no debería tener un efecto en la restricción de la propiedad. Lo absurdo de esto es que si un pueblo tala toda su propiedad para uso agrícola o ganadero, el Estado debería titularle en propiedad; pero si un pueblo ha conservado su territorio en forma de bosque, el Estado no le titulará en propiedad sino sólo en “cesión en uso”. Esto, obviamente, fomenta la destrucción de los bosques.

Además, esta norma de la Ley de Comunidades Nativas es discriminatoria. La distinción del uso de tierras para efectos de reconocer o no la propiedad, no se hace en el caso de comunidades campesinas.

**c) El art. 89 sobre propiedad de tierras indígenas es una excepción al art. 66 sobre patrimonio nacional de los recursos naturales.**

Son “recursos naturales” la tierra, las aguas, flora, fauna y todos los bienes que se encuentran de forma natural y pueden ser aprovechadas por el ser humano. Sin embargo, la Constitución reconoce la propiedad de las tierras a las comunidades. Por lo tanto, la Constitución está haciendo una excepción al principio general de que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, al establecer, en el art. 89 la propiedad indígena de las tierras que ocupan.

El art. 66 establece el principio general que los recursos naturales son patrimonio de la nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Los recursos naturales comprenden tierras, bosques, aguas, flora, fauna, etc. Esto también está garantizado por el derecho internacional, que todos los pueblos, como parte de su libre determinación, tienen el derecho de gozar de sus recursos naturales.

A este principio general, que los recursos naturales son patrimonio de la nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento, la Constitución misma ha establecido una excepción en el caso de los pueblos indígenas, porque reconoce que ellos pre-existen al Estado mismo. Y por lo tanto, el Estado, en estos casos, se excluye de ser soberano en su regulación y aprovechamiento.

Desde 1920, todas las Constituciones han reconocido que las comunidades indígenas/campesinas/ nativas / pueblos originarios pre-existen al Estado. Y por ello, el Estado les reconoce su existencia legal y sus tierras. El Estado no otorga ni configura esa propiedad, sino que la reconoce como originaria.

**d) La propiedad de las tierras indígenas comprenden los bosques y otros recursos**

¿La propiedad de las tierras indígenas comprende los bosques y otros recursos naturales?

La Constitución tampoco esclarece este punto.

- Según la Ley de Comunidades Nativas, la propiedad de las tierras que puede reconocerse a las mismas, no comprende los bosques.
- En cambio, según tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional, la propiedad de las tierras indígenas sí comprende los bosques, aguas y otros recursos naturales.

Los funcionarios niegan la propiedad de los bosques haciendo una interpretación restrictiva del derecho fundamental que la Constitución reconoce en el art. 89, de conformidad con la Ley.

La Constitución manda hacer una interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales. Por lo tanto, el Estado debería interpretar el art. 89 de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional.

El propio Tribunal Constitucional, en cumplimiento de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, ha interpretado el art. 89 de conformidad con el Convenio 169 en el Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, Exp. 1126-2011-HC/TC.

Párr. 22. “Y, si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas (artículo 88 y 89 de la Constitución), sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13 que la utilización del término tierras debe incluir el concepto de territorios.”

Para el Convenio 169, el concepto tierras “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”. Y el hábitat comprende no sólo el suelo sino todos los ecosistemas, aguas, bosques, animales, plantas y demás elementos naturales que permiten su reproducción.

El TC, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), reconoce que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas comprende los recursos naturales, en tanto ellos son necesarios para su existencia física, cultural y espiritual.

Exp. 1126-2011-HC/TC.

Párr. 21. “(...) este Colegio recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yakye Axa vs. Paraguay. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana” (fundamento 137 del caso Yakye Axa vs. Paraguay).

#### **e) Obligatoriedad de aplicar tratados sin excusa en legislación interna.**

Los funcionarios alegan que no pueden aplicar el Convenio 169 en tanto no cambie la Ley de Comunidades Nativas.

El Convenio 169 de la OIT, al ser un tratado ratificado, forma parte del derecho interno y es de cumplimiento obligatorio (según el art. 55 de la Constitución). Pero además, al ser un tratado de derechos humanos, forma parte del “bloque de constitucionalidad”.

La Convención de Viena sobre el derecho de Tratados establece que los tratados en vigor se deben cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*), y el Estado no puede excusarse en su legislación para incumplir un tratado internacional (artículos 26 y 27).

Es decir, así el Estado no haya derogado normas inconstitucionales o no haya dado normas de desarrollo de tratados de derechos humanos, el mismo no puede excusarse en su falta de

normas para incumplir un tratado, como es en este caso el Convenio 169 de la OIT que reconoce la propiedad indígena de todo el territorio y hábitat.

**f) Principio de convencionalidad**

Los funcionarios también alegan que ellos no pueden “inaplicar una ley” que restringe o viola un tratado internacional en tanto un juez no la haya derogado.

Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido el principio de convencionalidad, esto es, que toda entidad pública o agente estatal está obligada/o a aplicar los tratados internacionales por encima de las leyes que los restringen (Sentencia de la Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay).

En conclusión, los funcionarios en el Perú no pueden seguir excusándose en la Ley de Comunidades Nativas, la Ley forestal o cualquier otra norma para incumplir el mandato que proviene de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto es, que las tierras indígenas comprenden los bosques, aguas y demás recursos naturales necesarios para la existencia de los pueblos.

Sobre la autora: Raquel Yrigoyen Fajardo es vicepresidenta y coordinadora del área de litigio estratégico en derechos indígenas del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS/IILS). Currículum Vitae: <http://alertanet.org/cv-ryf.htm>



Se autoriza la difusión de este artículo citando la fuente, caso contrario será considerado delito de plagio.

En caso de publicación impresa se requiere autorización expresa de la autora.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (2015): *Diez retos de la agenda indígena del 2015. Primer reto: Titulación del territorio ancestral integral, como propiedad originaria, incluyendo los bosques y recursos naturales.* ABC en derechos indígenas Nº 4 en: Revista Alertanet 2015-1  
Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS / *International Institute on Law and Society-IILS.*