

### ABC 3. ¿Qué es el territorio integral ancestral indígena?<sup>1</sup>

Escribe: Raquel Yrigoyen Fajardo



Hombre del Pueblo Achuar del Pastaza. / Créditos: Isabel López Meza (IIDS)

#### El problema

A raíz de la muerte de Edwin Chota, Presidente de la Comunidad de Alto Tamaya Saweto (Ucayali, Perú), junto con otros tres dirigentes, en manos de taladores (1/9/2014), se puso en evidencia la parálisis de los gobiernos regionales en la titulación de territorios indígenas. Por interminables años, 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.

Pero la demora no es el único problema en la titulación. Otro problema, no derivado de la Constitución, sino de la ley de Comunidades Nativas, es que los funcionarios sólo quieren titular a comunidades y no a pueblos. Y, cuando titulan a comunidades, no reconocen la propiedad de los bosques a favor de los colectivos indígenas. La parte de las áreas forestales es titulada en “cesión en uso”, figura no prevista

(1) Este artículo actualiza y revisa el texto de la misma autora titulado “Diez retos de la agenda indígena del 2015. Primer reto: Titulación del territorio ancestral integral, como propiedad originaria, incluyendo los bosques y recursos naturales”. Link: [http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2016/Descolonizacion\\_y\\_Estado\\_Plurinacional.pdf](http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2016/Descolonizacion_y_Estado_Plurinacional.pdf)

en la Constitución, pero que se aplica desde 1978 a la fecha, y que ha sido reforzada con la reciente legislación forestal. Es decir, las comunidades sólo reciben títulos donde les reconocen la propiedad de las áreas de uso ganadero y agrícola, pero el área forestal, que es la mayor parte. Estos son los temas que queremos abordar en esta entrega. Y aquí la agenda indígena es clara, basada en sus derechos intrínsecos y al amparo del derecho internacional.

### **¿A favor de quién debe salir el título: pueblo o comunidad?**

El caso del Pueblo Achuar del Pastaza, representado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), ilustra los procesos de resistencia y reconstitución de los colectivos indígenas pueblos o naciones. Ello, a pesar de la fragmentación en unidades menores, como comunidades, a la que han sido sometidos históricamente por las diferentes normas coloniales y republicanas.

FENAP viene exigiendo que, como instancia representativa de la nacionalidad Achuar, el Estado no realice una titulación por comunidades, sino que el Estado titule el territorio integral del Pueblo Achuar del Pastaza, pues dicho pueblo está organizado en una sola instancia de autogobierno. ¿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 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. Ello 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.

### **¿Qué es el territorio ancestral o 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.

### **¿En qué consiste el territorio integral: comprende la propiedad de los 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 de la propiedad 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, porque 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) ¿La interpretación debe ser restrictiva o pro persona?**

Los funcionarios tienden a interpretar el artículo 89 de la Constitución, 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) ¿La propiedad puede depender de tipo de uso de la tierra?**

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 deberá titularle en propiedad; pero si un pueblo ha conservado su territorio en forma de bosque, el Estado no le titulará en propiedad, sino solo 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) ¿Los recursos naturales son de la Nación peruana o de los pueblos indígenas?**

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 aquí hace 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 de 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 comprende los bosques y otros recursos?**

La Constitución no esclarece si la propiedad de las tierras indígenas comprende otros recursos naturales, pero no lo excluye.

Para los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional, la propiedad de las tierras indígenas sí comprende el hábitat, con los bosques, aguas y otros recursos naturales.

Aquí está el problema: la Ley de Comunidades Nativas, señala que los bosques o áreas forestales no deben ser titulados en propiedad del solicitante, sino en “cesión en uso”. Ello a pesar de tener otro artículo que establece que se debe titular toda el área donde los indígenas realizan sus actividades de caza, pesca, recolección, etc.

#### **¿Cómo entienden los funcionarios?**

Interpretación restrictiva. Los funcionarios niegan la propiedad indígena de los bosques haciendo una interpretación restrictiva del derecho fundamental que la Constitución reconoce en el art. 89, para apegarse a la Ley.

#### **¿Cómo se debe interpretar la Constitución?**

La Constitución manda interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales, y no una ley. Por lo tanto, el Estado debería interpretar el art. 89 de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional.

El 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 incorpóreos 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) ¿Es obligatorio aplicar los tratados así contradigan 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”. Y la Constitución debe interpretarse de conformidad con el Tratado, en tanto garantiza más derechos, no de conformidad con la ley, que los restringe.

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 que 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 todo el hábitat o territorio, incluyendo los bosques, aguas y demás recursos naturales necesarios para existencia de los pueblos.

#### **MATERIAL**

-Versión inicial: [http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2016/Descolonizacion\\_y\\_Estado\\_Plurinacional.pdf](http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/2016/Descolonizacion_y_Estado_Plurinacional.pdf)

#### **CÓMO CITAR**

Yrigoyen Fajardo, Raquel (2016): *ABC 3. ¿Qué es el territorio integral ancestral indígena?* ABC en derechos indígenas N° 3 en: *Revista Alertanet en Litigio Estratégico y Formación en Derechos Indígenas*, 2016. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS / *International Institute on Law and Society- IILS*.

#### **Disponible en:**

<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/ABC-3-TIERRAS-BOSQUES.pdf>