



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Aguilar Cavallo, Gonzalo

El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno.

Ius et Praxis, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 269-295

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711110>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista Ius et Praxis, 11 (1): 269 - 295, 2005

## I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

### **El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno.**

**Gonzalo Aguilar Cavallo \***

\* Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la Universidad de Talca, Doctor en Derecho, MA en Relaciones Internacionales, LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario. [gaguilar@utalca.cl](mailto:gaguilar@utalca.cl)

---

#### **RESUMEN**

En las últimas décadas, una de las reivindicaciones más poderosas de los pueblos indígenas ha sido el reconocimiento de los derechos a la tierra. Los pueblos indígenas consideran que tienen un título inmemorial a usar y poseer las tierras que ellos ocupan o han ocupado tradicionalmente. Ellos encuentran en su Derecho propio el mejor argumento para defender esta reivindicación. El título indígena a poseer sus tierras ha sido aceptado en forma creciente por los tribunales, tanto extranjeros como internacionales, lo cual constituye un reconocimiento notable de los derechos indígenas. Tanto los casos internacionales como del derecho comparado podrían inspirar las decisiones de nuestros tribunales en esta materia.

#### **PALABRAS CLAVES**

Pueblos indígenas, derecho indígena, derecho a la autodeterminación, derecho a las tierras, territorios y recursos naturales, derechos ancestrales, título indígena.

---

#### **ABSTRACT**

One of the most powerful indigenous peoples' claims over the last decades has been the recognition of land rights. Indigenous peoples consider that they have an immemorial entitlement to use and

possess the lands they occupy or have traditionally occupied. They find in their own law the best argument to support this claim. Such an entitlement to possess and own lands has increasingly been accepted by foreign and international courts, which constitute a noteworthy recognition of indigenous rights. International and comparative case law might inspire judgments of our national courts about this matter.

## KEYWORDS

Indigenous peoples, indigenous rights, self-determination, land rights, land and natural resources, ancestral rights, indigenous entitlement.

---

## Introducción

Las reivindicaciones territoriales se encuentran en el corazón de las demandas de los pueblos indígenas del mundo. Ellos apoyan sus derechos a la tierra ancestral fundamentalmente en la vida que estas comunidades han desarrollado en ellas desde tiempos inmemoriales: allí cazan, pescan y recolectan frutos de los árboles<sup>1</sup>. En Chile, como lo ha subrayado recientemente el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Rodolfo Stavenhagen, la propiedad de la tierra y la territorialidad de los indígenas constituyen "uno de los problemas más candentes que aquejan a los pueblos originarios." <sup>2</sup>

El título indígena es una institución jurídica que ampara los derechos ancestrales de los pueblos indígenas a la tierra, territorios y recursos. Una cuestión fundamental relativa al título indígena es determinar la fuente o fuentes posibles de las que este título jurídico emanaría para elucidar cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivarían. En este sentido, el Relator, en la sesión de 20 de febrero de 2003 del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración Americana, destacó "el valor de los tratados históricos y otros acuerdos como fuentes jurídicas e históricas" para el reconocimiento y definición de los derechos de los indígenas a las tierras, territorios y recursos naturales<sup>3</sup>. De esta manera, es posible identificar, al menos, tres fuentes distintas en las que se apoyaría el título indígena, a saber, la legislación que ha surgido del Estado en cuyo territorio están los pueblos indígenas; los tratados concertados entre los conquistadores, colonizadores o los Estados y los pueblos indígenas; y finalmente, el Derecho propio indígena que representa las fuentes indígenas propiamente tales ya que comprende la tradición histórico-jurídica indígena. A través de este trabajo, nuestra intención no es analizar las diversas fuentes del título indígena, sino examinar brevemente el título indígena que encuentra su justificación en el Derecho propio de los pueblos

indígenas. Pretendemos resaltar la evolución y acogida creciente que está teniendo la doctrina del título indígena a la tierra y territorios en el ámbito de las jurisdicciones nacionales e internacionales, cuyo razonamiento y argumentación podría servir de ejemplo al legislador chileno y a los tribunales nacionales para resolver juicios donde se discuta esta materia. Este trabajo se divide en tres partes. La primera parte analiza los aspectos fundacionales del título indígena, mientras que la segunda parte se encarga de examinar la aplicación práctica a través de la revisión de algunos casos que han abordado esta materia, para terminar con un análisis del fundamento de la propiedad indígena en el orden jurídico chileno.

## **I. Aspectos teóricos y fundacionales del título indígena**

Los pueblos indígenas son históricamente antecesores en el dominio a los que llegaron como consecuencia de la conquista, colonización u ocupación extranjera<sup>4</sup>. Esta prelación en la posesión y ocupación de sus tierras y territorios basada en su Derecho propio, es lo que los pueblos indígenas llaman su título histórico y forma parte de sus derechos ancestrales<sup>5</sup>. En virtud de este título histórico ellos exigen la restitución de las tierras que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado<sup>6</sup>, aunque la solución práctica a estas demandas no siempre resulta evidente y plantea problemas humanos y sociales. A continuación analizaremos el fundamento y las características del título indígena.

### **1. Fundamento**

Con anterioridad a la llegada de los colonizadores, los pueblos indígenas se consideraban a sí mismos poseedores y únicos ocupantes de sus tierras y territorios<sup>7</sup>. Estos pueblos son los primeros ocupantes de unas tierras que en su gran mayoría les han sido arrebatadas por los colonizadores, por el Estado sucesor de la metrópolis o por particulares que han invadido sus tierras<sup>8</sup>. En América Latina, ni españoles ni portugueses reconocieron los títulos indígenas sobre las tierras que ocupaban y, tal como ha señalado Soledad Torrecuadrada, "a pesar de las diferencias en cuanto al procedimiento utilizado, se observa en todos los casos, la utilización frecuente del uso de la fuerza -armada o institucionalizada, judicial o legislativamente o de ambos tipos- cuando los grupos indígenas no se mostraban receptivos a los requerimientos de los recién llegados" Torrecuadrada García-Lozano, Soledad. 2001. **Los pueblos indígenas en el orden internacional.**<sup>9</sup>.

Cuando hablamos del título indígena nos referimos al antecedente, remoto o reciente, de la adquisición de la tierra, territorios y recursos que, en el caso de los pueblos indígenas, estaría configurado por la ocupación y utilización inmemorial de estas tierras o de alguna otra manera. Este título histórico de primeros ocupantes les otorgaría el fundamento jurídico inmediato para administrar y disponer de sus tierras y de los recursos que en ella se encuentran<sup>10</sup>., razón por la cual los

pueblos indígenas consideran que ellos son los legítimos propietarios de sus tierras, con o sin título escrito de propiedad<sup>11</sup>. La necesidad de disponer de un título escrito que sirva de prueba de su dominio es una importación europea y coloca a los pueblos indígenas en una situación de franca desventaja<sup>12</sup>. Así por ejemplo, en el caso chileno, los decretos leyes número 2.568 y número 2.750 de 1979 "impusieron en lo que antes fueron las reducciones indígenas, la propiedad privada individual, la que una vez constituida como tal, dejaba de ser indígena, transformando en diez años y para siempre la propiedad raíz de los mapuches" <sup>13</sup>.

Los pueblos indígenas nunca han utilizado, por su propia voluntad, ese tipo de parámetros para determinar los límites de sus tierras y para justificar su propiedad<sup>14</sup>. El título escrito, corolario de la propiedad privada, era desconocido por los pueblos indígenas y, su imposición, condujo al despojo de sus tierras. Así, "durante años, Estados y empresas privadas han usurpado las tierras ancestrales de los indígenas" <sup>15</sup>. En este sentido, el Comité Especial del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante la OIT) ha sostenido que "la pérdida de tierras comunales, a menudo causa perjuicio a la coherencia y viabilidad de los pueblos concernidos" <sup>16</sup>. Frente a esta situación, los pueblos indígenas reivindican su título histórico, ancestral e inmemorial.

En muchos países, en particular los del *Commonwealth*, el uso y la ocupación exclusivos de tierras desde tiempo inmemorial da lugar a un título aborígen, oponible a todas las personas salvo al soberano, es decir, al gobierno del Estado<sup>17</sup>, lo que implica que el título aborígen no supone un derecho de posesión o propiedad absoluto. Esta es una gran limitación que los Estados de *Common Law* han incorporado como requisito, en su orden jurídico interno, para el reconocimiento del título indígena. Por esta razón, el título aborígen está a menudo sometido al supuesto ilegítimo de que el Estado está facultado para extinguirlo, en contraste con la protección jurídica, constitucional e internacional, y los derechos que en la mayoría de los países protegen la propiedad y los bienes de los ciudadanos no indígenas, de otras personas y de las empresas<sup>18</sup>. El título aborígen, por tanto, en muchos de los países que lo reconocen, adolece de una importante limitación en su carácter jurídico y en los derechos que entraña, así como en la protección jurídica de que goza, en comparación con otros títulos de propiedad de la tierra configurándose, por lo tanto, como un título limitado e imperfecto<sup>19</sup>. En este contexto, la Relatora Especial Daes ha señalado que la noción de título aborígen es discriminatoria en sí misma "pues sólo proporciona una condición jurídica defectuosa, vulnerable e inferior respecto de la propiedad de tierras y recursos indígenas" <sup>20</sup>.

Ahora bien, como han sostenido algunos Estados ante el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas, el significado y alcance que se le asigne al título indígena, de hecho, dependerá del régimen jurídico vigente en el

Estado de que se trate<sup>21</sup>. Una afirmación de la misma naturaleza efectúa Fergus MacKay cuando señala - a propósito de un comentario al Convenio N 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT- que "la extensión de los derechos a la tierra reconocidos por el Convenio va a ser determinada, en gran medida, con referencia a la ley nacional de cada país" <sup>22</sup>. Esto último remite al debate sobre el fundamento del título indígena. A nuestro entender, para que el título indígena, que encuentra su justificación en la posesión, ocupación y uso que tradicionalmente hacen o han hecho los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos, tenga validez y aplicabilidad en el orden jurídico interno, evidentemente, es necesario un reconocimiento constitucional o legal de dicho título.

Sin embargo, este reconocimiento tendría un carácter meramente declarativo y el real fundamento del título indígena residiría, como se ha dicho anteriormente, en la posesión, ocupación y uso que tradicionalmente han hecho o actualmente hacen los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos. Consecuentemente, el título indígena no se encontraría limitado por el derecho estatal en el sentido de que emanaría de él sino sólo en el sentido de que para su aplicación por los tribunales debería ser admitido en el orden jurídico interno y, por lo tanto, este título sería oponible *erga omnes*, incluso al propio Estado. En este orden de cosas, la titularidad de la tierra y territorios tradicionales de los pueblos indígenas es conservada y regida, bajo la forma de título indígena, por sus propias leyes y costumbres. El título indígena, y su fuente es anterior a la existencia misma del Estado y preexistente al Derecho del conquistador o colonizador. De todo lo expuesto, se desprenden unas determinadas características del título indígena que examinamos a continuación.

## 2. Características

El título indígena presenta una serie de características, entre las que se encuentra su naturaleza comunal y colectiva, al igual que la naturaleza jurídica del derecho de propiedad que los pueblos indígenas detentan<sup>23</sup>. Los pueblos indígenas son titulares de un derecho colectivo de propiedad basado en una posesión inmemorial sobre las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado<sup>24</sup>. Este derecho colectivo de propiedad posee características propias y diferentes del derecho individual de propiedad<sup>25</sup>. El Relator Especial Stavenhagen ha reconocido que el derecho sobre las tierras, territorios y recursos es del grupo y, en consecuencia, como tal se trataría de un derecho colectivo. El derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra es inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas y, en general, es a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo indígenas a quien se confiere ese derecho<sup>26</sup>. En el mismo sentido, Torre Cuadrado señala que "los pueblos indígenas defienden la propiedad colectiva de las tierras al entender que éstas proporcionan beneficios a toda la comunidad, rechazando su posible apropiación individual" <sup>27</sup>.

Por otro lado, el título indígena, a diferencia del título de propiedad del derecho común, no sólo se refiere a tierras, en tanto bienes inmuebles claramente delimitados, sino que incluye un concepto más amplio de territorios y los recursos que en ellos se encuentren.

Además, el título indígena es un título histórico e inmemorial, por lo tanto no escrito que se encuentra basado en la posesión, ocupación o uso tradicional actual o histórico de sus tierras, territorios y recursos.

La Corte Suprema de Canadá ha descrito el título aborígen con las siguientes características: supone un derecho a la tierra; implica un interés patrimonial, es un derecho colectivo, es un derecho sui generis, y no es un título de pleno dominio como otros títulos de propiedad de la tierra reconocidos por el ordenamiento jurídico interno, se trata de un título que sólo permite utilizar y ocupar la tierra, siempre que no sea de un modo incompatible con la naturaleza de la relación que los pueblos indígenas mantienen con esas tierras<sup>28</sup>.

## **II. Aplicaciones actuales del título indígena**

En general, el título indígena y los derechos territoriales de los pueblos indígenas que poseen una naturaleza histórica, inmemorial y colectiva han sido perfilados y desarrollados por la jurisprudencia que a continuación examinamos, haciendo, previamente, una breve referencia al contexto normativo del Derecho Internacional que también ha ido llenando de contenido estos derechos.

### **1. Tratamiento normativo internacional**

Los únicos dos instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes sobre los derechos de los pueblos indígenas, a saber, el Convenio 169 (1989) de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, y el Convenio 107 (1957) también de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, contienen normas sobre las tierras y territorios indígenas, que se encuentran estrechamente vinculadas al título indígena. El artículo 11 del Convenio 107 señala que "se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas". Más adelante, el artículo 13 (1) del mismo Convenio establece que "los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional".

Por su parte, el artículo 13 del Convenio 169 señala que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos,



según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera". Sobre el mismo aspecto, el artículo 14 del Convenio 169 señala que "deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia". Más adelante, el artículo 17 señala que "deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos".

Una consecuencia importante de estas disposiciones es que no resulta imprescindible para los pueblos indígenas, ni bajo el Convenio 107 ni de acuerdo al Convenio 169, demostrar una ocupación inmemorial para probar derechos a tierras y recursos. En otras palabras, la normativa internacional ampara tanto la posesión inmemorial como la utilización de tierras y territorios bajo consideraciones distintas de la ocupación inmemorial. Esto último puede resultar de la máxima relevancia para estos grupos indígenas debido a la eventual dificultad de probar su título indígena a través de una posesión inmemorial. En el caso chileno, esto es particularmente interesante ya que la ley 19.253 sólo admite, eventualmente un recurso restringido a la costumbre y fuentes indígena como una forma de probar esta posesión histórica e inmemorial en la que se ampararía el título indígena. En consecuencia, de acuerdo con los estándares internacionales, no es imprescindible probar una ocupación inmemorial ya que también se pueden comprender situaciones en las que los pueblos indígenas tienen derechos sobre tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, diferente a la ocupación inmemorial<sup>29</sup>. Quizás la actividad pretoriana, tanto internacional como comparada, podría ilustrarnos, como veremos a continuación, sobre cómo abordar las situaciones en las que el título indígena se encuentre involucrado.

Por otro lado, tanto el *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (en adelante el PDA) de 1997 como el *Texto consolidado de este Proyecto de Declaración Americana* (en adelante el TCPDA) establecen normas sobre la titularidad de la propiedad indígena. El PDA dispone que "cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, éstos deberán reconocer dichos títulos como permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables" <sup>30</sup>. Por su parte, el TCPDA señala que "los títulos serán sólo modificables de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo, con pleno conocimiento y comprensión por sus miembros respecto a la naturaleza y atributos de dicha propiedad y de la propuesta de modificación" <sup>31</sup>.

## 2. Jurisprudencia internacional y comparada



Este título de posesión y uso sobre las tierras que los pueblos indígenas ocupan o han ocupado tradicionalmente, su específica forma de vida cultural vinculada a la especial relación que estos mantienen con su hábitat, y sus derechos a la tierra y territorios han sido reconocidos por importantes decisiones jurisdiccionales, tanto en el ámbito nacional como internacional. La institución del título indígena ha sido inicialmente acogida en la jurisprudencia de los países de *Common Law*. Por ejemplo, la Corte canadiense le llama "*título aborígen*" y la Corte australiana "*título nativo*", pero ambos se refieren a la misma institución jurídica<sup>32</sup>. La sentencia dictada en el caso *Mabo vs. Queensland* (Australia) reconoce la propiedad indígena de la tierra y su título tradicional<sup>33</sup>, mientras que en la sentencia dictada en el caso *Delgamuukw vs. British Columbia* (Canadá), la Corte Suprema canadiense reconoce explícitamente "el título aborígen" a la tierra. La Corte canadiense encuentra la explicación del título indígena -así como de todos los derechos indígenas- en su carácter *sui generis*<sup>34</sup>. Sin embargo, como se ha mencionado *supra*, la Corte no lo considera como un título de pleno dominio, encontrándose limitado por el título superior de la Corona<sup>35</sup>.

En el caso Mabo, la Corte Suprema australiana prefirió permanecer fuertemente atada a los conceptos generales de derechos humanos. En cambio, en la decisión Delgamuukw, la Corte Suprema canadiense optó por razonar sobre la base de una nueva categoría jurídica emergente en derecho público que justificaría las reclamaciones indígenas<sup>36</sup>. Los pueblos indígenas apoyan enérgicamente esta categoría *sui generis* de derechos, al menos, en el ámbito de sus tierras, territorios y recursos<sup>37</sup>. Además, la Corte Suprema canadiense ha sostenido que los medios de prueba del título indígena deben incluir el respeto a la historia y a la tradición histórica, por tanto, a las fuentes indígenas<sup>38</sup>.

De acuerdo con lo anterior, y en virtud del reconocimiento de la propiedad indígena de la tierra, territorios y recursos y de su título histórico, las teorías de la adquisición estatal del dominio de las *res nullius*<sup>39</sup> respecto de las tierras indígenas, han sido dejadas de lado<sup>40</sup>. Así, en el caso *Mabo vs. Queensland* de 1992, la Corte Suprema australiana ha rechazado el argumento según el cual Australia era *terra nullius* o tierra sin dueño al momento de la colonización europea<sup>41</sup>. Alfredsson sostiene que hoy en día "daña la vista" ver esgrimido el argumento de la *terra nullius* y del descubrimiento<sup>42</sup>. Daes va incluso más lejos y observa que ni siquiera la legislación unilateral es un motivo legítimo que ampara la adquisición del dominio contra los derechos ancestrales indígenas<sup>43</sup>. De acuerdo con esta jurisprudencia, entonces, antes de la llegada de los colonizadores, las tierras sí tenían dueño. Bajo este prisma, el problema práctico que surge es cómo se resuelven las reivindicaciones de tierras indígenas. Esto requerirá, evidentemente, un esfuerzo de diálogo, comunicación y negociación.

Más recientemente, la Corte Constitucional de Sudáfrica reconoció expresamente el título indígena en su célebre decisión de octubre de 2003, en el caso Richtersveld, dando un espaldarazo definitivo a la doctrina del título indígena en ese país<sup>44</sup>. En orden a fundar su reivindicación territorial, la comunidad Richtersveld tuvo que establecer que ellos tenían derecho a la tierra al momento en que fueron desposeídos. Finalmente, la Corte Constitucional reconoció que la comunidad indígena tenía derecho a la tierra basándose en el derecho consuetudinario indígena, lo cual podría constituir un interesante ejemplo para los tribunales chilenos al momento de resolver conflictos sobre tierras y territorios indígenas<sup>45</sup>.

Por otro lado, en el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* de 2001, ha reconocido la posesión inmemorial como prueba suficiente del título de dominio en beneficio de una comunidad indígena. Es el primer caso relativo a la propiedad de una comunidad indígena que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos transmitió a la Corte para su conocimiento. Este caso trata de una comunidad indígena de la etnia Mayagna o Sumo, asentada en la Costa Atlántica de Nicaragua, Región Autónoma del Atlántico Norte. Los peticionarios alegaban que el gobierno de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y sus recursos naturales. Además, en 1996, el Estado otorgó una concesión por 30 años a la compañía Solcarsa para realizar trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera en las tierras ocupadas por la comunidad sin su previo consentimiento y no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la comunidad sobre sus derechos de propiedad.

El 4 de junio de 1998, la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte Interamericana refiriéndose a la supuesta violación por el Estado nicaragüense de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (obligación de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 31 de agosto de 2001, por siete votos contra uno, la Corte Interamericana resolvió a favor de la Comunidad Awas Tingni, declarando que Nicaragua violó el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad comunal en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1(1) y 2 de la Convención.

Antes de determinar el contenido normativo del derecho a la propiedad en el contexto de una comunidad indígena, la Corte Interamericana recordó que los tratados internacionales de derechos humanos "son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales" <sup>46</sup>. La interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos es un

principio de interpretación ya consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>47</sup>. En virtud de dicho principio de interpretación y de las reglas del artículo 29 de la Convención Americana<sup>48</sup>, la Corte consideró que el artículo 21 de la Convención comprende "los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal" <sup>49</sup>.

Además, la Corte realizó un breve análisis de la diversidad cultural indígena manifestada en su específica forma de propiedad de la tierra que difiere notablemente de las formas occidentales de tenencia de la tierra. Según el Juez García Ramírez, excluir las formas colectivas de propiedad garantizada por la Convención Americana implicaría efectuar una interpretación francamente discriminatoria de este instrumento<sup>50</sup>. En este contexto, la Corte elaboró el siguiente concepto de propiedad indígena:

"Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" <sup>51</sup>.

Según la Corte, el derecho de uso y goce libre de las tierras comunales poseídas colectivamente comprende el derecho a la delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas con la plena participación de los miembros de la comunidad y en conformidad con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las comunidades<sup>52</sup>. En esta sentencia, hay un reconocimiento directo del título indígena, el cual se encuentra gobernado por las normas consuetudinarias de esos pueblos, cuando la Corte enfatiza que "el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro" <sup>53</sup>.

La trascendencia de la sentencia Awas Tingni para el concepto de propiedad indígena y de título indígena ha sido afirmada en varias ocasiones. Por ejemplo, es de destacar que en el período de sesiones de 2001 del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos sobre el Proyecto de Declaración de Naciones

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, algunas delegaciones gubernamentales se refirieron a este reciente fallo, señalando que "en él se afirmaba sin lugar a dudas que los pueblos indígenas tienen, con arreglo al Derecho Internacional, derechos colectivos a las tierras que han poseído tradicionalmente, o que de otro modo han ocupado o utilizado." <sup>54</sup> Además, es de esperar que en los próximos meses, la Corte Interamericana reitere y refuerce esta jurisprudencia en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua vs. Paraguay*, en el cual se celebró una audiencia pública a principios de marzo de 2005 <sup>55</sup>.

A la luz de estos principios y tendencia internacionales, vamos a examinar a continuación la legislación chilena relativa a la propiedad indígena para evaluar la aplicabilidad del concepto de título indígena basado en el Derecho indígena.

### **III. Propiedad indígena y título indígena en el Derecho chileno**

Si bien el corazón de la ley indígena 19.253 de 1993 se encuentra en la reglamentación de las tierras y territorios indígenas, esta normativa tiene la intención de ir más allá y regular aspectos sociales y relacionados con la cultura y el desarrollo indígena, idea que queda claramente establecida en el artículo 1 de este texto legal.

El título II denominado "Del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas" constituye la médula de la ley 19.253. En esta parte, el artículo 12 señala en cuatro números los títulos que justificarán la propiedad o posesión indígenas. Desde ya, un examen de este artículo nos permite advertir que las tierras mencionadas en los números 1, 3 y 4 se refieren a aquellas que se encuentran amparadas por títulos que tienen su origen en la ley y, en definitiva, en el Estado, por lo que no corresponde hacerse cargo de ellas en este trabajo. Sin embargo, es posible constatar que el legislador en el número 1 de este artículo desde ya deja entrever la tónica de lo que considerará "tierras indígenas". En efecto, señala la citada disposición que "son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos" e indica una serie de títulos que tiene su origen en la ley emanada del Estado <sup>56</sup>.

El título que nos interesa está en el número 2 del artículo 12, ya que aquí sí podríamos estar en presencia de tierras amparadas por un título indígena que se fundamenta en la posesión, ocupación y uso que tradicional e históricamente han hecho de ellas los pueblos indígenas y que sería regido por la costumbre o derecho indígena.

Este artículo reza como sigue: "2 Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses,

atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad." Es decir, no son tierras indígenas por el sólo ministerio de la ley sino que para tal efecto, deben ser inscritas en un Registro Público de Tierras Indígenas<sup>57</sup>. En este aspecto, "la ocupación y posesión histórica por parte de las comunidades o personas indígenas, debe calificarse por la propia CONADI al serle presentada la solicitud de inscripción" <sup>58</sup>.

Como se ha dicho *supra*, la extensión, forma y modalidades del reconocimiento que se haga de los derechos indígenas a la tierra dependerá del orden jurídico nacional, lo cual queda claramente reflejado en la disposición anteriormente citada. El legislador exige que el título sea inscrito, lo que encaja perfectamente con nuestra tradición de escrituración del título. La ley demanda que la inscripción se haga en un Registro, lo que se encuentra en total armonía con nuestro sistema registral de la propiedad. Finalmente, tal como afirma un sector de la doctrina y la jurisprudencia, la posesión a la que se refiere el artículo 12 debe tratarse de aquellas que se encuentran reconocidas por nuestro sistema jurídico, en este caso, posesión actual inscrita<sup>59</sup>. Todo lo anterior hace gala de una perfecta armonía y continuidad con la lógica propia de nuestro ordenamiento jurídico<sup>60</sup>, pero no representa una apertura en orden a admitir, al menos, ciertos aspectos de un pluralismo jurídico, ni mucho menos, un intento por compatibilizar las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico interno con las obligaciones emanadas de los tratados internacionales ni con las enseñanzas entregadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia.

Todos estos requerimientos, si bien encajan perfectamente en el sistema propio del derecho común, alteran la naturaleza original e histórica del título indígena, generando entre los grupos indígenas una permanente sensación de amenaza y de inseguridad jurídica ya que se hace depender el reconocimiento de sus derechos sobre sus tierras y territorios no de su Derecho propio sino de un requisito, extraño a su cultura y costumbres, y proveniente de un sistema jurídico diverso<sup>61</sup>.

Uno de los temas cruciales relativos al número 2 del artículo 12, dice relación con las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado o usado los pueblos indígenas. Por ejemplo, en el caso particular de los Mapuches, hasta mediados del siglo XIX "ocuparon soberanamente un territorio extenso, entre la costa pacífica y la atlántica, desde el río Bío-Bío en el norte de Chile y en toda la pampa argentina hasta la actual provincia de Buenos Aires" <sup>62</sup>. La ley 19.253 se refiere a tierras que "históricamente han ocupado y poseen", lo que implica tierras respecto de las cuales los indígenas se encuentren en actual posesión o tenencia. Refiriéndose a los mapuches, Lillo sostiene que "a la luz de los numerales del artículo 12, no se protege lo que fue el territorio mapuche, sino aquello a lo que, por una política del Estado, fue siendo sistemáticamente reducido" <sup>63</sup>. Esto último

desconoce la tradición histórica de trashumancia de muchos grupos indígenas que no se asentaban en un lugar claramente delimitado sino que se desplazaban según sus requerimientos y necesidades de alimentación y supervivencia. Lo cual significa que siempre trazaban vínculos o consideraba un espacio de desarrollo de la comunidad indígena mucho mayor a lo que hoy se podría estimar como aquél susceptible de poseer materialmente. Con todo, este requisito se encuentra presente ya desde los primeros años de la República. Así por ejemplo, la ley de 10 de junio de 1823, en su artículo 3, señala "que lo actual poseído según la ley por los indígenas se les declare en perpetua y segura propiedad". Más adelante, en la ley de 4 de diciembre de 1866, el artículo 7 número 1 señala que "la ocupación efectiva y continuada por el tiempo que designa el inciso 2 del artículo anterior será título bastante para que el indígena sea considerado como dueño". El decreto ley 2.568 de 1979 otorgaba el carácter de tierra indígena a determinadas tierras de acuerdo al título que las amparaba, independientemente si el titular era indígena. La ley 19.253 otorga el carácter de tierra indígena a aquellas tierras que actualmente son detentadas en propiedad o posesión por indígenas<sup>64</sup> y que además se encuentran amparadas por un título reconocido por el Estado.

A lo largo de la historia, el legislador ha impulsado "un proceso que debía llevar a que las tierras de los mapuches se rigieran por la legislación común". En este orden de ideas, debe tenerse presente que en el Código Civil chileno "existe una clara preferencia de la propiedad individual por sobre la comunitaria, la cual se considera como un estado transitorio dentro del orden jurídico de los bienes"<sup>65</sup>. Incluso, algunos autores, como Sierra, comentando la idea de pueblo indígena y de derechos colectivos, han señalado que "en el marco de una justicia reparatoria en términos patrimoniales la tarea del Estado debería ser la definición de derechos individuales de propiedad"<sup>66</sup>. Ahora bien, en forma reiterada los organismos internacionales han establecido que esta solución es perjudicial para los intereses de los pueblos indígenas ya que "cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad"<sup>67</sup>. Cabe resaltar que, en Chile, este proceso de pérdidas de tierras desarticuló fuertemente las estructuras económicas, sociales, culturales, organizacionales e institucionales de las comunidades indígenas. En el caso mapuche, la figura del lonko, "que se levantaba en torno a la posesión de tierras y riquezas, pasará a ser con el tiempo una figura casi decorativa"<sup>68</sup>.

En definitiva, como el legislador ha determinado que las fuentes del título de propiedad indígena es, de una manera directa (N 1, 3 y 4 del artículo 12) o indirecta (N 2 del artículo 12), la legislación emanada del Estado, evidentemente, ha hecho primar en su regulación el derecho común estatal. Por consiguiente, el Derecho chileno no reconoce el título indígena, cuya fuente es la ocupación y el uso histórico de las tierras y territorios. Varias características de la legislación



chilena dificultan que el Derecho chileno se acerque a las soluciones jurisprudenciales del mundo anglosajón y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Algunos podrían sostener que el concepto de título indígena es un concepto específico del sistema jurídico de *Common Law*, que es extraño al sistema jurídico chileno. Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana demuestra la aplicabilidad del título indígena y de la propiedad colectiva indígena en los países de América Latina.

La ley indígena 19.253 de 1993, y a diferencia de lo que sostiene Torrecuadrada<sup>69</sup>, no reconoce a los pueblos indígenas como los destinatarios de la norma ni su personalidad jurídica sino que recurre a conceptos indeterminados, como el de etnia, o ambiguos, como el de comunidad<sup>70</sup>. Desde ya, podemos apreciar aquí un escollo para el reconocimiento del título indígena, tal como lo hemos venido tratando *supra*. Es importante resaltar esta última cuestión ya que la ley indígena, fiel a nuestra tradición jurídica, sólo reconoce la propiedad indígena individual, que tiene como titulares a las personas naturales indígenas y la propiedad indígena comunal, que tiene como titular a la comunidad indígena definida por esta ley<sup>71</sup>. En este sentido, López señala que "el concepto de "comunidad" en el derecho civil es sinónimo de múltiples propietarios" y que hay que "remitirse a la definición que da el artículo 9 de esta ley, vale decir, la propiedad individual cuyo titular es la persona jurídica denominada "comunidad indígena" <sup>72</sup>.

Esta propiedad indígena comunal no correspondería a la propiedad colectiva indígena ya que ésta última pertenece al grupo indígena en general y a nadie en particular, y corresponde a un arraigado sistema de derechos colectivos a la tierra que hunde sus raíces en la tradición y costumbre indígena. En cambio, la comunidad indígena a la que se refiere la ley 19.253, pudiendo tener bases fácticas naturales, ha sido distorsionada por el legislador asimilándola a cualquier asociación o sociedad que nace y se forma conforme al derecho común, respecto de la cual los comuneros o socios tendrían derechos de dominio en una parte o cuota. Aquí no hay, pues, derechos colectivos sino, simplemente, derechos individuales. En definitiva, esta desnaturalización de la realidad indígena tiende a distorsionar el funcionamiento y aplicación del sistema de reconocimiento y protección de las tierras indígenas.

Ni las normas internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>73</sup> (en adelante la CADH), ni, en el caso chileno, las normas constitucionales, autorizan o amparan la introducción de distinciones en cuanto a al goce y ejercicio del derecho de propiedad<sup>74</sup>. La Constitución chilena asegura la protección del derecho de propiedad, sin excluir el derecho de propiedad y posesión indígena sobre la tierra, territorios y recursos<sup>75</sup>. Podría argumentarse que debe protegerse el derecho de propiedad que sea compatible con el sistema jurídico chileno. En este caso, se estaría discriminando, y, al mismo tiempo, por



tanto, violando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N 2 de la Constitución.

Además, el sistema jurídico chileno ya ha incorporando tenuemente elementos de pluralismo jurídico en el ordenamiento nacional, lo que queda reflejado en los artículo 16, 18 y 54 de la ley 19.253. Desde esta perspectiva, resulta interesante tomar en cuenta las enseñanzas del razonamiento jurídico seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni*<sup>76</sup>. En este caso, la Corte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 y 29 de la Convención Americana, y en virtud de medios de interpretación como el principio del desarrollo progresivo, el principio *pro homine* y el principio del efecto útil, no sólo amparó los derechos de la comunidad indígena sobre sus tierras sino que además lo hizo incorporando el derecho consuetudinario indígena. Ahora bien, debido a que el Estado de Chile se encuentra vinculado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y debe respetar y aplicar sus disposiciones, siguiendo los criterios y orientaciones de la Corte Interamericana, conviene recordar un principio ya consagrado de hermenéutica jurídica consistente en que "el interprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de los permitidos por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución"<sup>77</sup>. Todo lo anterior, sin perjuicio de tener presente, además, que la Convención Americana se encuentra amparada por la norma contenida en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República y que, en conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, desde el 21 de agosto de 1990, Chile reconoció como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

En cuanto a la costumbre indígena, el espíritu de la ley reside en hacerla aplicable únicamente entre los indígenas, pero no en su relación con terceros no indígenas ni en posibles vínculos con el Estado. En este sentido, el artículo 54 señala que "la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República." Tal como ha señalado López "estudios jurídicos antropológicos más profundos permiten demostrar que efectivamente existe un derecho con reglas claras y conocidas, arraigado en la idiosincrasia del mapuche y que por lo tanto, goza de eficacia dentro de su ámbito de vigencia"<sup>78</sup>.

Lo relevante hubiera sido que el legislador hubiera reconocido la costumbre como fuente de derecho, también, en las relaciones jurídicas entre indígenas y no indígenas, e indígenas y el Estado, al menos, en lo que respecta al título indígena ya que, como se ha dicho, este título indígena, tiene su fundamento original en el derecho y costumbre indígena y, por tanto, sus medios de prueba se determinan conforme a la costumbre y tradición histórico-jurídica indígena. Esto último se encontraría más acorde con los derechos de los pueblos indígenas y los estándares internacionalmente reconocidos que se han mencionado *supra*.

Es interesante contar con un reconocimiento por parte de la legislación nacional del título indígena basado en una posesión tradicional e histórica no sólo porque se ajustaría mejor a los estándares y tendencia internacionales sino, además, porque las demandas indígenas, hoy en día, incluyen tierras y territorios, "cuyo marco no se encuentra en alguna concesión estatal, sino en su propia historia e identidad"<sup>79</sup>. Cabe resaltar que una de las recomendaciones al Gobierno chileno formuladas por el Relator Especial Rodolfo Stavenhagen podría verse cumplida con la aplicación del concepto de título indígena, ya que el Relator recomienda que "además de la titulación de predios privados, deberán ser rescatados y reconstituidos los tradicionales territorios comunales indígenas que contengan recursos para uso comunal."<sup>80</sup>

De acuerdo con su derecho ancestral, es decir, el derecho heredado de sus ancestros, los pueblos indígenas son tenedores, ocupantes y poseedores de sus tierras y territorios. Estas tierras serían ancestrales para los indígenas pero no sólo en el sentido de aquellas respecto de las cuales ha habido reconocimiento de derechos de dominio por parte del Estado, a través del derecho histórico y vigente<sup>81</sup>, a los indígenas -como se sostuvo durante el período de discusión del proyecto de ley indígena<sup>82</sup>-sino aquellas respecto de las cuales los indígenas tendrían un título anterior a la existencia misma del Estado e incluso anterior a la llegada del colonizador o conquistador y que encuentra su fundamento en el derecho propio indígena.

## Conclusión

La situación jurídica en Chile se caracteriza por la falta de reconocimiento del título indígena de la manera que establecen los estándares internacionales, o en la forma limitada que lo han hecho algunos países de tradición anglosajona a través de sus jurisdicciones respectivas. La única posibilidad de un reconocimiento de este tipo se encuentra en el artículo 12 N 2 de la ley 19.253, pero nuevamente aquí el apego al espíritu que informa la legislación civil pudo más y la ley indígena introdujo barreras a este título indígena, en dos sentidos, primero, exigiendo una posesión actual, real y efectiva y, segundo, una posesión inscrita. En el primer caso es una barrera porque los indígenas en Chile han perdido grandes porciones de tierras y territorios a lo largo de su historia. En el segundo caso, porque introduce un elemento extraño a la costumbre indígena. Sólo cumpliendo con estos requisitos el título indígena tiene una posibilidad cierta de ser invocado en juicio.

Sin embargo, si se efectuara una interpretación armónica y conciliatoria entre las normas internacionales vinculantes para el Estado chileno y los preceptos constitucionales y legales, y, sobre todo, se siguieran las enseñanzas de la CIDH, los pueblos indígenas estarían en condiciones de invocar su título indígena como antecedente legítimo de sus derechos sobre la tierra y territorios que han ocupado

y utilizado desde tiempos remotos o más recientes.

Con lo anterior no se pretende abogar por una restitución total de las tierras originalmente ocupadas por los pueblos indígenas en Chile, porque ello es impracticable, pero sí argumentar que los patrones jurídico-culturales contenidos en la ley 19.253, en especial, en lo relativo al título indígena, no se compadecen con la tradición jurídica indígena y su costumbre. Lo cual, desde otro punto de vista, puede ser considerado una contradicción en sí misma, contenida en la propia ley, si consideramos que la tierra, la costumbre indígena y su derecho es una manifestación cultural. En efecto, el artículo 1 de la ley 19.253 señala respecto de las etnias indígenas de Chile que "el Estado valora su existencia [...] su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores". Más adelante el artículo 7 del mismo texto legal señala que "el Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas". De esta manera, si el Estado cumpliera con lo dispuesto en el artículo 1 y 7 de la ley, eventualmente, se podría dar cabida al título indígena bajo la forma que es exigida por los propios pueblos indígenas y que, en ciertos casos, ha sido reconocida en los foros internacionales.

## **Bibliografía**

### **Libros, artículos e informes**

Alfredsson, G., *The Right of Self-Determination and Indigenous Peoples*, en Tomuschat, C. (editor), *Modern Law of Self-Determination* (Dordrecht, 1993), pp. 41-54.

Anaya, S. James, *Indigenous Peoples in International Law* (New York, 1996).

Barry, Marcia, *Now Another Thing Must Happen: Richtersveld and the Dilemmas of Land Reform in Post-Apartheid South Africa*, en *SAJHR*, 20 (2004), p. 356.

Cooper, James M., *Naciones y nociones indígenas: soberanía cultural y justicia horizontal en tiempos de reforma judicial*, en Lillo, Rodrigo (coord.): *Resolución de conflictos en el Derecho Mapuche* (Temuco, 2003), pp. 15-29.

Daes, Erica-Irene, *Native People's Rights*, en *Les Cahiers de Droit* 27(1986) 1, pp. 123-133.

I.I.D.H., *Las normas internacionales*, en *Iudicium et Vita* (1998) 6, pp. 47-70.

Kingsbury, B., *Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law*, en Alston, Philip (editor), *Peoples' Rights* (Oxford, 2001), pp. 69-110.

Leckie, S., *Indigenous Peoples: Recent Developments in the International Labour Organization*, en *SIM Newsletter*, (1986) 16, pp. 22-46.

Lillo, Rodrigo, *El conflicto de tierras de los Mapuches en la Octava Región*, en VV. AA., *¿Conflicto étnico chileno en las tierras del Cono Sur?* (Temuco, 2003), pp. 11-45.

Lillo, Rodrigo, *La legislación como aspecto de la relación intercultural*, en *Revista CUHSO*, volumen especial (1999), pp. 40-48.

López, Jaime, *Las tierras indígenas en la ley 19.253*, en *Revista CUHSO*, volumen especial (1999), pp. 8-39.

Mackay, Fergus, *Una guía para los derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo* (Reino Unido, 2004).

Melkevik, Bjorne, *Reconquérir la dignité: Droit et autonomie politique chez les autochtones Samé (Lapons) de Norvège*, Conférence donnée le 12 décembre 1991 au Département de Science Juridique de l'Université du Québec à Montréal, Faculté de Droit, Université de Tromsø, Norvège, 1992.

Nolden, Hans-Willi, *Contenidos del conflicto étnico en las tierras del Cono Sur y sus protagonistas: ¿Qué aportan las diferentes partes y cómo están interrelacionados?*, en VV. AA., *¿Conflicto étnico chileno en las tierras del Cono Sur?* (Temuco, 2003), pp. 47-87.

Sanders, D.: *Self-Determination and Indigenous Peoples*, en Tomuschat, C. (Ed.), *Modern Law of Self-Determination* (Dordrecht, 1993), pp. 55-81.

Sierra, Lucas, *La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo*, en *Estudios Públicos* (2003) 92, pp. 19-27.

Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, *Los pueblos indígenas en el orden internacional* (Madrid, 2001).

Vázquez Carrizosa, A., *Los derechos como normas universales juris gentium*, en Comisión Interamericana de Derechos Humanos (coord.), *Derechos Humanos en las Américas*, Libro Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Arranches, Washington, 1984, pp. 2-21.

World Council of Indigenous Peoples, Second General Assembly, Kiruna, Sweden, September 24-27, 1977, Declaration on Human Rights.

Santa Cruz, Hernán, *Racial Discrimination*, 1971, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/307/Rev. 1.

Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) Doc. GB 270/16/4; GB 273/14/4 (1998).

Informe del Comité establecido para examinar la reclamación alegando la no observancia por parte de México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (N 169), realizada conforme al artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Radical de Trabajadores Metalúrgicos y Asociados. Doc. GB.273/15/6; GB.276/16/3.

Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas al tercer informe del Canadá, N.U. Doc. E/C.12/1/Add.31, 10 de diciembre de 1998.

Martínez, Miguel Alfonso, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1999/20.

Primera Memoria presentada por el Gobierno del Ecuador, con fecha 28 de agosto de 2000, de conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la OIT, relativa al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales núm. 169 (1989), correspondiente al período que termina el 31 de mayo de 2000.

Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/25, 30 de junio de 2000.

Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, doc. N.U. E/CN.4/2000/84.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Capítulo XI, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 abril 2001.

Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21, de fecha 11 de junio de 2001.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, de fecha de 4 de febrero de 2002, N.U. Doc. E/CN.4/2002/97.

*Informe del Relator de la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la sección quinta del Proyecto de declaración con especial énfasis en las Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios 7-8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, de fecha 20 de febrero de 2003.*

Informe preliminar presentado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, de conformidad con la resolución 2003/15, relativo a *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales*, doc. N. U. E/CN.4/Sub.2/2003/20, de 21 de julio de 2003.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, de fecha de 17 de noviembre de 2003, N.U. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3.

## **Casos jurisprudenciales**

*Caso del Status Legal de Groenlandia Oriental*, sentencia de fecha 5 de abril de 1933, P.C.I.J. Series A/B, N 53.

*Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental* de 1975, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 1975*.

Caso *Mabo and others v. Queensland* (N 2) (1992) 175 CLR 1 F. C. 92/014, Judge Brennan, [http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/175clr1.html](http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html)

Caso *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R., [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_1010.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_1010.html)

Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de agosto de 2000, caso rol 309.

*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2001.

*Caso Alexkor Ltd. and the Government of the Republic of South Africa v. Richtersveld Community* 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (Richtersveld).

---

Recibido 9 de mayo de 2005 y aceptado el 6 de junio de 2005.

<sup>1</sup> Vid. Informe CELS, Capítulo X: Derechos de los pueblos indígenas, Caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honaht (nuestra tierra), p. 4.

<sup>2</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, de fecha de 17 de noviembre de 2003, N.U. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, par. 19.

<sup>3</sup> *Informe del Relator de la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la sección quinta del Proyecto de declaración con especial énfasis en las "Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios" 7-8 de noviembre de 2002*, OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, de fecha 20 de febrero de 2003, pp. 12-13.

<sup>4</sup> "El carácter originario de los pueblos indígenas debe pesar en su favor y no en contra suya", I.I.D.H. 1998, "Las normas internacionales", en Revista *Iudicium et Vita*, núm. 6, p. 69.

<sup>5</sup> Com. IDH: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, Capítulo XI, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 abril 2001, par 57.

<sup>6</sup> "II. 2: Right to recover the land which rightfully and according to millenary tradition belongs to us, but has been robbed from us by the foreign intruders", World Council of Indigenous Peoples, Second General Assembly, Kiruna, Sweden, September 24-27, 1977, Declaration on Human Rights; El título histórico ha sido reconocido por el CDESCR y el Comité ha criticado la actitud del Gobierno canadiense de abrogar los derechos y los títulos ancestrales indígenas. Vid. *Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativas al tercer informe del Canadá*, N.U. Doc. E/C.12/1/Add.31, 10 de diciembre de 1998, par. 18.

<sup>7</sup> "The Meriam people were in occupation of the Islands for generations before the first European contact", *Caso Mabo and others v. Queensland* (N 2) (1992) 175 CLR 1 F. C. 92/014, Judge Brennan, par 2, [http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/175clr1.html](http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html)

<sup>8</sup> Su carácter de primeros ocupantes y su título indígena como preexistente al Estado nacional ha sido expresamente reconocido por la Corte de Canadá en el caso *Delgamuukw*. Vid. *Caso Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R., par. 114. <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/>



[http://html/1997scr3\\_1010.html](http://html/1997scr3_1010.html).

<sup>9</sup> Torrecuadrada García-Lozano, Soledad. 2001. **Los pueblos indígenas en el orden internacional**. Madrid: Dyckinson, p. 102.

<sup>10</sup> Cfr. Melkevik, Bjorne. 1992. "Reconquérir la dignité: Droit et autonomie politique chez les autochtones Samé (Lapons) de Norvège", Conférence donnée le 12 décembre 1991 au Département de Science Juridique de l'Université du Québec à Montréal, Faculté de Droit, Université de Tromsø, Norvège, p. 22; Vid. Informe preliminar presentado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, de conformidad con la resolución 2003/15, relativo a *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales*, doc. N. U. E/CN.4/Sub.2/2003/20, de 21 de julio de 2003.

<sup>11</sup> The World Council of Indigenous Peoples upholds, as a fundamental principle, that the Indigenous Peoples are the rightful owners of the land, whether they hold formal title deeds, issued by the colonists, or not. It is, anyway, up to the colonists and the intruders to submit evidence to their title, and this should be required on the part of the aboriginals. This principle should be considered as a fundamental element of legal justice", World Council of Indigenous Peoples, Second General Assembly, Kiruna, Sweden, September 24-27, 1977, Declaration on Human Rights.

<sup>12</sup> "In many cases indigenous and tribal peoples do not possess legal free-hold title to their lands, but derive their land rights from immemorial possession or traditional occupancy. This lack of "legal" title in written form, has led to intolerably high levels of external abuse for these peoples and their land", Leckie, S. 1986. "Indigenous Peoples: Recent Developments in the International Labour Organization", en *SIM Newsletter*, núm. 16, p. 33.

<sup>13</sup> López, Jaime. 1999. "Las tierras indígenas en la ley 19.253", en *Revista CUHSO*, volumen especial, p. 9.

<sup>14</sup> "There prevailed a general trend toward introducing systems of individual property holdings with the alienable rights connatural to absolute property -an institution quite foreign to the indigenous customs- with individualized titles which often had to be registered to be officially recognized", Santa Cruz, Hernán. 1971. **Racial Discrimination**, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/307/Rev.1., par. 455, p. 126.

<sup>15</sup> Cooper, James M., "Naciones y nociones indígenas: soberanía cultural y justicia horizontal en tiempos de reforma judicial", en Lillo, Rodrigo (coord.): **Resolución de conflictos en el Derecho Mapuche** (Temuco: Universidad Católica de Temuco, s.d.), p. 22.

<sup>16</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el

incumplimiento por Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). Doc. GB 270/16/4; GB 273/14/4 (1998), par. 30.

<sup>17</sup> Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/2001/21, de fecha 11 de junio de 2001, par. 38; Vid. Daes, Erica.-Irene. *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, doc. E/CN.4/Sub.2/2000/25, 30 de junio de 2000.

<sup>18</sup> Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, cit. (n. 17), par. 38.

<sup>19</sup> Ibid, par. 39.

<sup>20</sup> "El problema de la extinción se halla en relación con el concepto de título aborígen. El defecto fundamental del denominado título aborígen consiste en que, por definición, puede ser anulado por voluntad del soberano, es decir, del Gobierno colonial o, en la actualidad, del Estado. Al igual que el título aborígen, la práctica de la extinción involuntaria de los derechos a tierras indígenas es una reliquia del período colonial. En la época moderna, la práctica de la extinción involuntaria de los títulos de tierras sin indemnización se aplica únicamente a los pueblos indígenas y, por consiguiente, es por lo menos discriminatoria e injusta y debe ser analizada a fondo", Daes, Erica-Irene, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, cit. (n. 17), pars. 40 y 42, pp. 14 y 15; Vid. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, cit. (n. 17), par. 41.

<sup>21</sup> En el caso de Australia, "los títulos nativos podían incluir una gama de derechos relacionados con el uso y el aprovechamiento tradicionales de los recursos naturales. [...] Sin embargo, la propiedad de los recursos minerales, del petróleo y algunos otros recursos era prerrogativa de la Corona y su explotación y uso se regían conforme a la legislación", Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, doc. N.U. E/CN.4/2000/84, par. 92.

<sup>22</sup> Mackay, Fergus. 2004. **Una guía para los derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo** (Reino Unido), p. 26

<sup>23</sup> Vid. *Caso Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R., par. 115. [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_1010.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_1010.html)

<sup>24</sup> Cfr. Daes, Erica.-Irene. 1986. "Native People's Rights", en *Les Cahiers de Droit*,

vol. 27, núm 1, p. 128; La legislación de Ecuador reconoce la modalidad de "posesión ancestral" como título indígena suficiente para demandar la adjudicación gratuita de las tierras en propiedad. Vid. Primera Memoria presentada por el Gobierno del Ecuador, con fecha 28 de agosto de 2000, de conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la OIT, relativa al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales núm. 169 (1989), correspondiente al período que termina el 31 de mayo de 2000.

<sup>25</sup> Vid. Caso Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 S. C. R., par. 112. [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_1010.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_1010.html)

<sup>26</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, de fecha de 4 de febrero de 2002, Doc. N.U. E/CN.4/2002/97, par. 39.

<sup>27</sup> Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, op. cit., (n. 9), p. 103.

<sup>28</sup> Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, cit. (n. 17), par. 39.

<sup>29</sup> Informe del Comité establecido para examinar la reclamación alegando la no observancia por parte de México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (N 169), realizada conforme al artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Radical de Trabajadores Metalúrgicos y Asociados. Doc. GB.273/15/6; GB.276/16/3, par. 37; Respecto del Convenio 107 (1957) de la OIT, vid. Report of the Comité of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (4 A), par. 287, International Labour Conference, 75 Sesión, Ginebra (1998).

<sup>30</sup> Vid. Artículo XVIII (3) del *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

<sup>31</sup> Vid. Artículo XXIV (4) del *Texto Consolidado del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

<sup>32</sup> "In the result, six members of the Court are in agreement that the common law of this country recognizes a form of native title which, in the cases where it has not been extinguished, *reflects the entitlement of the indigenous inhabitants, in accordance with their laws or customs, to their traditional lands* and that, subject to the effect of some particular Crown leases, the land entitlement of the Murray Islanders in accordance with their laws or customs is preserved, as native title, under the law of Queensland", (subrayado del autor), Caso *Mabo and others v. Queensland* (N 2) (1992) 175 CLR 1 F. C. 92/014, par 2, <http://austlii.law.uts.edu>.

[au/au/cases/cth/high\\_ct/175clr1.html](http://au/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html)

<sup>33</sup> "The traditional title of the Meriam people to the Murray Islands, being their rights to possession, occupation, use and enjoyment of the Islands, survived annexation of the Islands to Queensland and is preserved under the law of Queensland", Vid. *Caso Mabo and others v. Queensland* (N 2) (1992) 175 CLR 1 F. C. 92/014, par. 128 (2), [http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/175clr1.html](http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html)

<sup>34</sup> "Aboriginal title has been described as *sui generis* in order to distinguish it from «normal» proprietary interests, such as fee simple. However, as I will now develop, it is also *sui generis* in the sense that its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives". "The idea that aboriginal title is *sui generis* is the unifying principle underlying the various dimensions of that title. One dimension is its inalienability". "Another dimension of aboriginal title is its source". "A further dimension of aboriginal title is the fact that it is held communally". Vid. *Caso Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R., pars. 112-115, p. 1010. [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_1010.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_1010.html); Vid. Anaya, S. James. 1996. **Indigenous Peoples in International Law**. New York: Oxford University Press, p. 105.

<sup>35</sup> Sin embargo, el fallo impone un requisito de cierta relevancia para que la Corona pueda extinguir el título indígena. Se trata del "test de la justificación". Cfr. *Caso Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R., p. 1010, [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_1010.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_1010.html)

<sup>36</sup> Vid. Kingsbury, B. 2001. "Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law", en Alston, Philip (editor), **Peoples' Rights**. Oxford: Oxford University Press, p. 77.

<sup>37</sup> Sobre un análisis acabado acerca de los argumentos para esta nueva categoría jurídica, vid. Kingsbury, B., cit. (n. 36), pp. 102-110.

<sup>38</sup> Vid. *Caso Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S. C. R., [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_1010.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_1010.html)

<sup>39</sup> La Corte Internacional de Justicia ha definido el concepto y la teoría de la *terra nullius* en su Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental de 1975. La Corte ha señalado que "la expresión *terra nullius* era un término legal de técnica jurídica utilizado en conexión con la ocupación como uno de los métodos legalmente

aceptados de adquirir la soberanía sobre un territorio. La ocupación siendo en derecho un medio originario de adquirir pacíficamente la soberanía sobre un territorio, de otro modo que por la cesión o la sucesión, una de las condiciones esenciales de una ocupación válida era que el territorio considerado fuera una *terra nullius* -un territorio sin dueño- al momento del acto que constituía la ocupación". Vid. *I.C.J. Reports 1975*, p. 39, par. 79.

<sup>40</sup> "The international law notion that inhabited land may be classified as terra nullius no longer commands general support". "The fiction by which the rights and interests of indigenous inhabitants in land were treated as non-existent was justified by a policy which has no place in the contemporary law". Esta es la conclusión a la que llega la Corte australiana. Es interesante observar el desarrollo jurídico internacional, con apoyo en la jurisprudencia de la CIJ, que la Corte hace para justificar su conclusión. Cfr. *Caso Mabo and others v. Queensland* (N 2) (1992) 175 CLR 1 F. C. 92/014, Judge Brennan, pars 41 y 42, [http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/175clr1.html](http://austlii.law.uts.edu.au/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html); "También otras teorías no jurídicas que se han utilizado como base para privar a pueblos indígenas en general de su personalidad internacional original se han descartado a la luz de las nuevas ideas y elaboraciones teóricas del moderno derecho internacional; por ejemplo, el concepto de *terra nullius* ha sido oficialmente anulado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el caso relativo al Sahara occidental, así como en la conocida decisión de 1992 *Mabo c. Queensland* adoptada por el Tribunal Supremo australiano. Además la comunidad internacional ha rechazado ampliamente el que pueda despojarse a nadie de esa calidad por conquista y fuerza armada. Las disposiciones al efecto en la Carta de la Organización de Estados Americanos y en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas demuestran que el derecho internacional contemporáneo rechaza la noción de que la fuerza y la conquista puedan dar ningún tipo de derecho", Martínez, Miguel Alfonso, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 287; Desde un punto de vista histórico-jurídico, Vitoria ya había advertido que las tierras de América tenían dueño legítimo y que estos eran los pueblos indígenas que las habitaban. Según el dominico, antes de la llegada de los españoles, los pueblos indígenas ya eran *veri domini* de sus tierras "Restat conclusio certa quod antequam hispani ad illos venissent, illi erant veri domini et publice et privetim", De Vitoria, Francisco, *De Indis et de Jure Belli Relectiones*, citado por Vázquez Carrizosa, A. 1984. "Los derechos como normas universales juris gentium", en Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Coord.), **Derechos Humanos en las Américas, Libro Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Arranches**, Washington: Com. IDH, p. 3; Tratándose de las tribus que habitaban el Sahara Occidental a la época de la colonización española, la Corte ha observado que "cualesquiera que hayan podido ser las diferencias de opinión entre los juristas, la práctica estatal durante el periodo considerado indica que los territorios habitados por tribus o pueblos, teniendo una organización social y política, no fueron considerados como *terra nullius*", Vid. *I.C.J. Reports 1975*, p. 39, par. 80; Sobre los elementos necesarios para establecer un título válido de soberanía, vid.

*Caso del Status Legal de Groenlandia Oriental*, sentencia de fecha 5 de abril de 1933, P.C.I.J. Series A/B, N 53, pp. 44 y 63; Sobre los elementos concurrentes en un acto de ocupación viciado de nulidad, vid. P.C.I.J. Series A/B, N 53, p. 95. Los mismos colonizadores europeos consideraban a los pueblos indígenas como verdaderos poseedores y dueños de sus tierras. Este reconocimiento de la posesión de los pueblos indígenas se tradujo en la celebración de tratados u otro tipo de acuerdos. Tal como la Corte lo expresa en el caso sobre el Sahara Occidental, esta práctica de los Estados "muestra que en el caso de tales territorios la adquisición de soberanía no fue generalmente considerada como efectuada unilateralmente a través de la ocupación de *terra nullius* en cuanto título original, sino a través de acuerdos concluidos con jefes locales", Vid. *I.C.J. Reports 1975*, p. 39, par. 80.

<sup>41</sup> Sanders, D. 1993. "Self-Determination and Indigenous Peoples", en Tomuschat, C. (editor), **Modern Law of Self-Determination**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, p. 61.

<sup>42</sup> Vid. Alfredsson, G. 1993, "The Right of Self-Determination and Indigenous Peoples", en Tomuschat, C. (editor), **Modern Law of Self-Determination**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, p. 47.

<sup>43</sup> "Discovery, conquest and unilateral legislation do not constitute legitimate grounds for States to claim or retain the territories or natural resources of indigenous populations", Cfr. Daes, Erica-Irene, cit., (n. 24), p. 128.

<sup>44</sup> Vid. *Alexkor Ltd. and the Government of the Republic of South Africa v. Richtersveld Community* 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (Richtersveld).

<sup>45</sup> Para un estudio profundizado sobre el caso Richtersveld, vid. Barry, Marcia. 2004. "Now Another Thing Must Happen: Richtersveld and the Dilemmas of Land Reform in Post-Apartheid South Africa", en *SAJHR*, núm. 20, p. 356.

<sup>46</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la CIDH, 31 de agosto de 2001, Serie C, No.79, par. 146.

<sup>47</sup> "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha respaldado análogamente una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en cuenta la evolución del corpus *juris gentium* del derecho internacional en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones del momento", *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, caso núm. 11.140, Informe sobre el fondo núm. 75/02, 27 de diciembre de 2002, *Informe Anual de la Com. IDH 2002*, doc OEA/Ser.L/V/II.117 Doc.1 rev.1 (2003), par. 96; Opinión consultiva OC-16/99, *supra*, par. 114, citando, entre otras, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Tryer c. Reino Unido* (1978), *Marckx c. Bélgica*

(1979) y *Louizidou c. Turquía* (1995).

<sup>48</sup> Vid. Com. IDH: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, Capítulo IX, doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997; "El ámbito de los derechos individuales de los indígenas y colectivos de sus pueblos se integra, por ende, con las estipulaciones de los instrumentos generales sobre derechos humanos, aplicables a todas las personas, ilustradas con los datos que constan en esos otros catálogos específicos, acerca de los cuales existe un consenso cada vez más amplio y resuelto". El Juez García Ramírez cita como catálogos de derechos indígenas, la Convención 169 (1989) de la OIT, el Proyecto de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas y el Proyecto Americano de Derechos de los Pueblos Indígenas. Vid. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la CIDH de 31 de agosto de 2001, opinión concurrente separada del Juez Sergio García Ramírez, par. 9; El tema de la discriminación se encuentra al centro de la argumentación en orden a reconocer la diversidad cultural indígena y las formas particulares de propiedad indígena. Vid. Anaya, S. J. y Williams, Jr., R. A. 2001. "The Protection of Indigenous People's Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System", en *HHRJ*, núm. 14, p. 43.

<sup>49</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la CIDH, 31 de agosto de 2001, Serie C, No.79, par. 148.

<sup>50</sup> "Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el artículo 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas", CIDH, *Caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de Agosto de 2001, voto razonado concurrente del Juez S. García Ramírez, par. 13; "This article 21 of the American Convention [sic], examined in light of the fundamental principle of non-discrimination established in the Convention, necessarily includes protection for those forms of property that are based on the patterns of land possession typical to indigenous communities", Grossman, Claudio. 2001. "Awat Tingni v. Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System", en *Human Rights Brief*, núm. 8, p. 4.

<sup>51</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la CIDH, 31 de agosto de 2001, Serie C, No.79, par. 149.

<sup>52</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la CIDH, 31 de agosto de 2001, Serie C, No.79, pars. 153, 164 y los puntos resolutorios 3 y 4 aprobados por unanimidad.

<sup>53</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia



de la CIDH de 31 de agosto de 2001, par. 151, p. 785.

<sup>54</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, de fecha 6 de marzo 2002, E/CN.4/2002/98, par. 40; Informe del Relator de la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la sección quinta del Proyecto de declaración con especial énfasis en las "Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios" 7-8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, de fecha 20 de febrero de 2003, p.6; "En la reciente *Case of the Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el derecho a la propiedad enunciado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hizo constar claramente en su fallo que los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras incluyen los derechos a los recursos que ellas encierran y que esos derechos de propiedad corresponden a la comunidad a título colectivo y según su propia ley consuetudinaria, valores, costumbres y usos." Informe preliminar presentado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, de conformidad con la resolución 2003/15, "La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales", E/CN.4/Sub.2/2003/20, de fecha 21 de julio de 2003, par. 16.

<sup>55</sup> Comunicado de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de abril de 2005, CIDH\_CP-03/05, par. 5.

<sup>56</sup> López, Jaime, cit. (n. 13), p. 12.

<sup>57</sup> "La Corte de Apelaciones de Temuco ha establecido la interpretación correcta, acogiendo la postura que las tierras indígenas tienen esa calidad por el sólo ministerio de la ley, salvo en los casos del artículo 12 N 1 letra (e) y N 2, en que expresamente se exige la inscripción en el Registro de Tierras". López, Jaime, cit. (n. 13), p. 22.

<sup>58</sup> Ibid, (n. 13), p. 15.

<sup>59</sup> La inscripción conservatoria no acredita el dominio sino la posesión, pero configura una presunción de dominio a favor de quien tiene la inscripción a su nombre; Vid. Lillo, Rodrigo. 2003. "El conflicto de tierras de los Mapuches en la Octava Región", en VV. AA.

<sup>60</sup> "La ley indígena, sin apartarse ni un ápice de los conceptos ideológicos de nuestro Código Civil, reproduce fielmente los principios de un ordenamiento jurídico que encuentra sus bases históricas y políticas muy lejos de La Frontera". Lillo, Rodrigo. 1999. "La legislación como aspecto de la relación intercultural", en *Revista CUHSO*, volumen especial, p. 43.

<sup>61</sup> La ley indígena es entonces "absolutamente funcional al orden jurídico chileno; pero parece -por oposición- muy (sic) alejada de las concepciones más arraigadas entre los mapuches". Ibid, (n. 60), p. 44.

<sup>62</sup> Lillo, Rodrigo, cit. (n. 59), p. 14.

<sup>63</sup> Lillo, Rodrigo, cit. (n. 60), p. 44.

<sup>64</sup> "De su contenido se puede concluir un principio jurídico propio de esta legislación: "sólo los indígenas pueden ser dueños de tierras indígenas". López, Jaime, cit. (n. 13), p. 16.

<sup>65</sup> López, Jaime, cit. (n. 13), p. 8.

<sup>66</sup> Sierra, Lucas. 2003. "La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo", en *Estudios Públicos*, núm. 92, p. 26, in fine.

<sup>67</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) Doc. GB 270/16/4; GB 273/14/4 (1998), par. 26.

<sup>68</sup> Lillo, Rodrigo, cit. (n. 59), p. 15.

<sup>69</sup> Torrecuadrado García-Lozano, Soledad, op. cit., (m. 9), p. 104.

<sup>70</sup> Nolden, Hans-Willi. 2003. "Contenidos del conflicto étnico en las tierras del Cono Sur y sus protagonistas: ¿Qué aportan las diferentes partes y cómo están interrelacionados?", en VV. AA.: **¿Conflicto étnico chileno en las tierras del Cono Sur?**, Temuco: Universidad Católica de Temuco, p. 49.

<sup>71</sup> "Lo que la ley indígena protege es -ni más ni menos- *la propiedad privada de los indígenas*". Lillo, Rodrigo, cit. (n. 60), p. 43.

<sup>72</sup> López, Jaime, cit., (n. 13), p. 17.

<sup>73</sup> Vid. Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", de 1969, ratificada por Chile.

<sup>74</sup> "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Artículo 19 N 2 inciso final de la Constitución Política de la República.

<sup>75</sup> La Constitución asegura "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales". Artículo 19 N 24 de la Constitución Política de la República.

<sup>76</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de la CIDH de 31 de agosto de 2001.

<sup>77</sup> Este principio ha sido acogido por la jurisdicción interna chileno, especialmente por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 4 de agosto de 2000, caso rol 309, considerando 2.

<sup>78</sup> López, Jaime, cit. (n. 13), p. 28.

<sup>79</sup> Lillo, Rodrigo, cit. (n. 59), p. 20.

<sup>80</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, de fecha de 17 de noviembre de 2003, N.U. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, par. 65.

<sup>81</sup> Un ejemplo de títulos indígenas de este tipo, en el caso de la comunidad indígena Huichol de México, estarían configurados por los "títulos emitidos a ellos por la Corona española en 1725, una demarcación de su territorio en 1809 y documentos emitidos por el gobierno mexicano que admitían que ellos eran los propietarios de las tierras en cuestión". Vid. Mackay, Fergus, op. cit. (n. 22), p. 40.

<sup>82</sup> López, Jaime, cit. (n.13), p. 10.