

Situación de los derechos a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en el Paraguay

Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay
CODEHUPY
Junio, 2013

Ficha Técnica

COORDINADORA DE DERECHOS HUMANOS DEL PARAGUAY

SECRETARIO EJECUTIVO DE CODEHUPY: Enrique Gauto Bozzano

COORDINADORA DEL PROYECTO “Fortalecimiento organizativo y operativo de redes de DDHH de sociedad civil para una institucionalización de políticas de DDHH con redes gubernamentales de DDHH”: Soledad Cáceres

MESA EJECUTIVA DEL PROYECTO: Juan Carlos Yuste y Adriana Lugo, Diakonia; Enrique Gauto Bozzano, Codehupy; Clyde Soto, CDE; Julia Cabello, Tierraviva; Elizabeth Duré, Base Is y María Estela Cáceres de Almada, FCPA

COORDINADORA DEL ÁREA DE COMUNICACIÓN: Diana Zalazar Leguizamón

SECRETARÍA: Lourdes Rocío Cabañas Giménez

AUTORÍA: Tierraviva

CORRECCIÓN Y EDICIÓN: Blas Brítez

DISEÑO Y DIAGRAMACION: Fernando Sosa

IMPRESIÓN: AGR S.A. Servicios Gráficos

Primera edición, junio 2013

TIRADA: 300 ejemplares

Asunción, Paraguay

ORGANIZACIONES INTEGRANTES DE LA CODEHUPY

ORGANIZACIONES TITULARES: Aireana, Grupo por los derechos de las lesbianas; Asociación de Familiares de Víctimas del Servicio Militar Obligatorio – AFAVISEM; Asociación Americana de Juristas - AAJ; Base Investigaciones Sociales – Base IS; Centro de Documentación y Estudios - CDE; Centro de Estudios Paraguayos Antonio Guasch - CEPAG; Centro Paraguayo de Teatro - CEPATE; Coalición Paraguaya para la Diversidad Cultural; Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer - CLADEM Py; Asociación Paraguaya de Comunicación Comunitaria - COMUNICA; Coordinación de Mujeres del Paraguay - CMP; Coordinadora Nacional por la Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad - CONAPRODIS; Coordinadora por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia - CDIA; DECIDAMOS, Campaña por la Expresión Ciudadana; Fundación Celestina Pérez de Almada; Fundación Dr. Andrés Rivarola Queirolo - FUNDAR; Fundación Vencer; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP-Paraguay; Movimiento de Objeción de Conciencia – MOC Py; ÑEMONGETARA, Programa de Educación Popular; Pro Comunidades Indígenas - PCI; Servicio de Educación y Apoyo Social/Área Rural - SEAS-AR; Servicio Jurídico Integral para el Desarrollo Agrario - SEIJA; Servicio Paz y Justicia - Serpaj Paraguay; Sindicato de Periodistas del Paraguay - SPP; Sobrevivencia, Amigos de la tierra Paraguay; Tape'a para el desarrollo sostenible; Tierraviva a los pueblos indígenas del Chaco.

ORGANIZACIONES ADHERENTES: Amnistía Internacional Paraguay; Coordinadora Nacional de Pastorales Indígenas - Conapi-CEP; Gente Ambiente y Territorio - GAT; Pastoral Social Nacional; Servicio de Educación Popular – SEDUPO; Semillas para la Democracia.

Están autorizados el uso y la divulgación por cualquier medio del contenido de este libro, siempre que se cite la fuente.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy) y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Situación de los derechos a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en el Paraguay



Índice

Introducción	7
1. Marco jurídico	9
1.1 La concentración de la tierra como problema estructural. Algunos datos	10
1.1.1 El acceso a la tierra de los pueblos indígenas	11
1.1.2 Procedimiento existente para la restitución de tierras indígenas	13
2. El modelo productivo como factor condicionante de las reformas necesarias	16
2.1 Principales actores y grupos de presión	18
2.2 Información demográfica	19
3. Comportamiento del poder público	20
3.1 Poder Ejecutivo	20
3.1.1 El INDI	20
3.1.2 Procedimiento de restitución de tierras. Contradicciones desde el propio INDERT	22
3.1.3 Garantía del derecho a la propiedad comunitaria	25
3.1.4 Demora en la titulación, demarcación y delimitación y la pérdida de territorio	31
3.1.5 Dirección General de Contrataciones	33
3.1.6 Ministerio de Hacienda	33
3.2 Poder Legislativo	34
3.2.1 Ley 904/81	34
3.2.1.1 Pueblo y comunidad	34
3.2.2 Ley de Contrataciones	35
3.2.3 Ley 43/89, otro vacío legal	36
3.2.3.1 Derechos y principios particulares	37
3.2.4 Ley de Presupuesto General de Gastos de la Nación	38
3.2.5 Leyes de expropiación	40
3.2.6 Comportamiento de parlamentarios frente a las expropiaciones	41
3.3 Poder Judicial	43
3.3.1 Medidas cautelares	44
3.3.2 Ministerio Público	47
4. Conclusiones	48
Bibliografía	51



Introducción

El presente trabajo tiene el modesto propósito de mostrar la situación de los derechos territoriales (de propiedad y posesión colectivos) de los pueblos indígenas sobre sus tierras, considerando el marco jurídico que ha ido evolucionando desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República, pasando por la adhesión del Paraguay al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, hasta la moderna jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) forjada, entre otros, a partir de los casos del pueblo Enxet que llegaron a su conocimiento.

Ilustrando esta situación, el relevamiento repara en el análisis histórico y actual de la tenencia de la tierra, mostrando las principales limitaciones para el ejercicio pleno de los derechos indígenas a sus territorios, considerando el modelo económico dominante y la organización del poder público en su rol de garante de derechos, tomando en cuenta, no solo sus órganos de aplicación y leyes de procedimiento, sino su práctica.

Es menester decir de inicio que la falta de información sistematizada y confiable sobre las tierras a las cuales las comunidades indígenas tienen acceso, en cuanto a su estatus jurídico y extensión, torna particularmente difícil la tarea de análisis, principalmente del grado de disfrute que tienen los pueblos indígenas, bajo los estándares legales vigentes. No obstante, una aproximación podrá encontrarse.

Considerando lo anterior, el énfasis del presente trabajo está en función a ejemplificar los principales problemas que enfrentan las comunidades demandantes de sus derechos territoriales, así como las restricciones y condiciones que enfrentan a diario, las más, originadas en la situación de extrema pobreza y la poca seguridad jurídica que tienen en un contexto de marcado privilegio de la propiedad privada en función al agro-negocio y la ganadería, apuntalados permanentemente desde el poder político de turno como puntales del desarrollo económico del país.

Con todo, el avance dogmático de los derechos en los últimos veinte años, ofrece herramientas jurídico-políticas inestimables a los pueblos indígenas para la exigibilidad de políticas de reparación histórica que pasen, entre otras necesidades, por la restitución de sus derechos territoriales.



1. Marco jurídico

Por marco jurídico debemos entender el conjunto de principios y normas de aceptación nacional e internacional que tienen por fuentes la Constitución de la República del Paraguay, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y la doctrina, en este caso, en materia de derechos de propiedad y posesión de carácter colectivos, de los cuales son titulares los pueblos indígenas y, en relación a ellos, las obligaciones de respetar, garantizar y satisfacer lo que estos derechos suponen para el Estado, en tanto garante de los mismos.

En este sentido, y yendo al nudo central de la cuestión que ocupa el análisis del presente trabajo, se puede decir que, en términos generales, las obligaciones del Estado, frente a los derechos a la tierra y al territorio, así como a los recursos naturales sobre los cuales también tienen de los Pueblos Indígenas, bajo la Constitución de la República y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se resumen en la obligación de delimitar, demarcar y titular el territorio ancestral indígena, como precondition para el ejercicio pleno de los derechos de propiedad y posesión de carácter colectivo de las tierras o territorios que ocupan o tradicionalmente han ocupado las comunidades y pueblos indígenas.

El cumplimiento del conjunto de acciones que esto supone, conlleva la participación plena y permanente en todas las fases del procedimiento de los pueblos y comunidades interesados, así como en la adopción misma de la normativa instrumental que permita la adopción de las acciones necesarias a este fin, mediante la instauración de un recurso sencillo e idóneo para el efecto.

El reconocimiento abstracto del derecho a la propiedad colectiva que hace la Constitución, por tanto, para que cobre virtualidad jurídica y no se convierta en una mera declaración, debe leerse, integrarse y complementarse con los estándares desarrollados en el ámbito del Derecho Internacional, principalmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹.

El formidable desarrollo de la jurisprudencia de la CIDH en la materia, una de las fuentes del derecho indígena que más ha evolucionado en los últimos años, es menester decirlo, fue construido y afirmado, entre otros, sobre la base de la presentación de los casos del pueblo Enxet, que no solo conoció fallos que supusieron condenas para el Paraguay por la violación de derechos, sino también dichas sentencias fueron enriqueciendo el marco jurídico, aportando directrices y contenido a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales observables, no solamente en los casos concretos, sino a nivel general.

Las sentencias de 2005 (Yakye Axa), 2006 (Sawhoyamaya) y 2010 (Xákmok Kásek) son fuentes del derecho para los pueblos indígenas y obligaciones para los estados, más allá del caso.

Por tanto, cuando hablamos del marco jurídico, estamos hablando de la dimensión teórica que debe observar el Estado para organizar el poder público en función al cumplimiento de sus obligaciones, lo que importa, a su vez, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno.

¹ Cfr. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

1.1 La concentración de la tierra como problema estructural. Algunos datos

El último informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento del Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), muestra que existe un

“29,7% de población [que] no posee tierras, el 60% de la población con menos tierra posee el 6,6% del total de las mismas y el 10% con más tierra posee el 66,4% de las tierras” (PIDESC 2006:39).

Desde 1989 hasta el 2006, según este mismo informe, la población sin tierra había aumentado de 110.000 familias a 121.658 a pesar de la habilitación de varios asentamientos.

Comparando los dos últimos censos agropecuarios nacionales (CAN), se puede observar que en ambas regiones del país la concentración de la tierra se ha ido profundizando. En la Región Oriental, a partir de la disminución de la cantidad de fincas (de menos de 100 hectáreas, y aumentando las de más de 100, pero sobre todo las de 500 y más hectáreas); y en la Región Occidental o Chaco, con el aumento en el número de fincas de más de 100 hectáreas, pero sobre todo de fincas con 500 hectáreas y más (CAN 2008). A su vez la utilización de la superficie para la explotación de 100 hectáreas para arriba aumenta un 100% en este período mientras que las fincas de menos de 5 hectáreas, generalmente relacionadas a la economía familiar campesina, no llegan a aumentar un 3% (CAN 2008:5). Según un estudio comparativo de los censos agrícolas realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el índice de Gini en lo relativo a tierras llega casi a la desigualdad perfecta:

“para la Región Oriental aumentó dos puntos (0,87 a 0,89) y para la Occidental uno (0,93 a 0,94) entre 1991 y 2008” (PNUD 2010:58)².

En este sentido, Rojas observa a través de los censos agropecuarios que

“de un total de 289.666 fincas en todo el país correspondientes a 32.527.075 hectáreas, 7.478 fincas corresponden a las propiedades de 500 y más hectáreas (que pueden ir hasta 20.000), las que concentran 27.807.215 hectáreas, es decir el 85,5% del total de la superficie agrícola del país. Los grandes propietarios, con connivencia del Estado, se apropiaron del 96,9% de las nuevas tierras habilitadas (8.709.338 has.) entre 1991 y 2008.” (Rojas, 2012).

Además de valorizarse la tierra y comenzar cierta modernización, los excedentes fiscales apropiados por grupos ligados al Estado y la corrupción de sus instituciones, fue una práctica común durante la dictadura stronista. Una larga tradición legada y mantenida también durante la transición democrática.

En los largos años de dictadura, la adjudicación de tierras rurales se realizó de manera irregular encontrándose entre los beneficiarios de la reforma agraria colaboradores, funcionarios y parientes del gobierno dictatorial³. Desde 1954 a 2003 se adjudica una superficie total de 12.229.594 hectáreas (aproximadamente 20% en la Región Oriental y 80% en la Occidental) correspondientes al 50,1% del total de las tierras arables del país; un total de 200.705 lotes, de los cuales “4.241 lotes correspondientes a 3.336 adjudicatarios, que totalizan 7.851.295 hectáreas, han sido adjudicados con graves irregularidades a la legislación agraria”(CVJ 2008:25); o sea, un poco más de 50% del total de hectáreas que se adjudicaron, e investigaron luego por la Comisión Verdad y

2 PNUD (2010), *Sector rural paraguayo: una visión general para un diálogo informado*. En: http://www.undp.org.py/odh/fotos/publicaciones2/id8_pub1.pdf.

3 En el Informe de tierras mal habidas la Comisión Verdad y Justicia puso en público conocimiento los nombres de las personas a quienes se les adjudicó tierras de manera irregular. Esta información es pública, encontrándose allí muchos representantes, políticos, funcionarios

Justicia, presentan irregularidades que harían nulas el 64,1% de estas tierras adjudicadas. Estas tierras mal habidas por adjudicación a personas no beneficiarias, adjudicaciones de más de un lote y adjudicaciones que exceden lo establecido para lotes ganaderos o agrícolas, representan el 19,3% del territorio, nada menos que el 32,7% de las tierras arables

del país (CVJ 2008). Hasta el momento, no han sufrido ningún proceso judicial ni las tierras para su devolución, ni sus propietarios para su punición, mucho menos los políticos y funcionarios directamente involucrados.

1.1.1 El acceso a la tierra de los pueblos indígenas

De acuerdo con el estudio sobre “Tierra y migración indígena”, realizado por la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos (DGEEC) en base a los datos del censo 2002, de las 414 comunidades que fueron censadas sólo el 54,3% contaba con tierra propia, o sea un poco más de la mitad, lo cual no significa que gocen de éstas o que sean en cantidad y calidad suficiente de acuerdo al mínimo establecido por ley. Las comunidades de la Región Oriental que en peor situación estaban, por no poseer tierra propia, se encontraban en los departamentos de Guairá (75%), Caaguazú (85%) y Canindeyú (44%), siendo estos dos últimos los que condensaban casi la mitad del total de comunidades sin tierra propia en el país. Por su parte, en el Chaco la situación era similar, con más de la mitad de comunidades sin tierra propia, salvo en Pdte. Hayes, donde el porcentaje era un poco menos elevado (33% no disponen de tierras propias, mientras que en los otros departamentos es de 45% para Boquerón y 47% para Alto Paraguay). Según los datos relevados y analizados en ese estudio, a más de la mitad de las comunidades, 64%, les habían sido restituidas sus tierras por el Estado (el Parlamento, el INDI o el IBR), seguido por diferentes iglesias con un 15%, ONGs con un 9% y estancias o empresas con un 5%.

Asimismo, las comunidades sin tierra propia estaban ubicadas en un 44% en tierras tituladas a nombre del INDI, IBR o eran tierras fiscales; mientras que el 32% estaba titulada a nombre de empresas o estancias y el resto, 15,5%, a nombre de iglesias-misiones y otros sin especificar. El estudio ubica estas distintas situaciones geográficamente, observando que en los departamentos de Guairá, Amambay

y Canindeyú se encontraba a la mayor cantidad de comunidades sin tierra pero tituladas a nombre del Estado (83%, 71% y 60% de las comunidades en esos departamentos, respectivamente); en los departamentos de Pdte. Hayes, Caazapá y Canindeyú, por otro lado, se hallaban las que, en mayor porcentaje, vivían en tierras cuyo título de propiedad era detentado por una empresa o una estancia; y en Alto Paraguay, seguido en menor medida por Caaguazú, la mayor cantidad de comunidades que vivían en tierras tituladas a nombre de alguna iglesia (DGEEC 2005).

A su vez, este estudio rescata del censo de 2002 diferentes tipos de conflictos relacionados a las tierras que las comunidades indígenas manifestaban tener con grupos socioeconómicos, identificando a agroempresarios o ganaderos por “conflictos a raíz de apropiación indebida” en un 38%; reportándose en mayor medida en los departamentos de Caazapá, Pdte. Hayes, Canindeyú y Caaguazú. Un 25,5% de comunidades, sobre todo de las pertenecientes a los departamentos de San Pedro, Caaguazú, Itapúa y Alto Paraná, manifestaron tener “conflictos de tierra a consecuencia de ocupación de campesinos”. Un 8% del total de las comunidades tenían “conflictos por títulos falsos” y un 32% “conflictos de origen no especifi-

cado” en relación a la tierra.

Aunque el censo rescata datos importantes que nos acercan a la situación de tenencia de tierras de las comunidades indígenas, no puede determinar la cantidad exacta de hectáreas y su situación legal.

En cuanto al PIDESC, en su capítulo sobre pueblos indígenas, observa la tenencia de tierras en el Chaco, encontrando 371.566 hectáreas tituladas a comunidades indígenas, 268.132 hectáreas tituladas a nombre del INDI, 74.936 hectáreas a nombre de diferentes iglesias/misiones, 142.262 a tituladas a particulares, 99.635 propiedades bajo intervención judicial y 379.061 hectáreas de tierras reclamadas y en trámite⁴ (PIDESC 2006:190). Por ley, en la Región Occidental, se establece un estándar mínimo de hectáreas por familia de 100. Habitando 7.157 familias aproximadamente con 639.698 hectáreas en tierras aseguradas, el promedio de hectáreas por familias es de 89,38, muy por debajo del mínimo indispensable requerido por ley.

En la Región Oriental, las tierras aseguradas alcanzaban, hasta el momento del estudio del PIDESC, 78.254 hectáreas para 7.360 familias aproximadamente. Para esta región el mínimo por ley es de 10 hectáreas por familias, que según este estudio supera en 0,63 hectáreas el promedio. En este caso, se puede pensar que se alcanza lo estipulado por la ley; sin embargo, esta zona es la que mayores problemas ambientales tienen, sumado a la presión de empresarios vinculados al agronegocio y el narcotráfico que expulsan a las comunidades de sus tierras o les impiden gozar de éstas plenamente como veremos puntualmente en los casos de estudio.

Comparando la superficie total de cada región con el área de tierras aseguradas de comunidades indígenas asentadas en cada área, encontramos que las comunidades del oriente con tierras aseguradas ocupan menos del 0.5% de la superficie total de esta región, mientras que las comunidades de occidente ocupan el 2.5% de la superficie total de su región; dentro de la superficie total del país, porcentualmente, llegan sólo a estar ocupadas sólo el 1.7%, 717.952 hectáreas de una superficie total del país de 406.745 hectáreas.

Región	Superficie (has)	Superficie tierras indígenas aseguradas (has)	Porcentaje de tierras indígenas
Oriental (159.827 km ²)	15982.7	78.254	0.489616898
Occidental (246.925 km ²)	24692.5	639.698	2.590657082
Total País (406.752 km ²)	40675.2	717.952	1.765085359

Fuente: Cuadro elaborado a partir de datos del informe PIDESC 2006.

Estos son los pocos datos que existen sobre tenencia de tierras indígenas. Ni siquiera el propio Estado tiene datos certeros sobre la cantidad de hectáreas pertenecientes a comunidades indígenas, aquellas que deberían

estar en trámite de titulación por estar a nombre del INDI, y la cantidad de hectáreas que reclaman. Por tal motivo, esta investigación pretendía, además de su análisis jurídico, obtener nueva información sobre la situación y tenencia de tierra indígena; sin embargo, el desorden, la ausencia de

⁴ El estudio menciona las compras aprobadas por el INDI con trámites pendientes y las compras canceladas que aquí no han sido mencionadas. Por otra parte, las iglesias son la ASCIM, asociación vinculada con la iglesia menonita, la iglesia Católica y la Misión Nuevas Tribus.

información y la dispersión de los expedientes y documentos en varias dependencias estatales, han constituido un factor relevante a la hora de analizar y referir a un universo que se acotaría sólo a lo que el INDI pudo darnos acceso. El último presidente asignado por un gobierno legítimo dijo que *“hasta ahora no encontró datos de cuántas hectáreas de tierra tiene el INDI, pero destacó que para llegar a esa conclusión se debe ordenar nuevamente el archivo del INDI que está desparramado por varios locales a consecuencia de los cambios de sede que tuvo en los últimos años”*⁵. En estas condiciones realizamos un relevamiento en dicha institución donde accedimos a documentos, expedientes y una base de datos a principios del 2011. Encontramos, además, que el INDI no dispone de información suficiente y confiable⁶ sobre la cantidad de familias asentadas en cada una de

las comunidades. Este dato es fundamental para poder corroborar si el Estado cumple con el mínimo legal establecido por ley. En este sentido, tampoco la DGEEC dispone de este dato aún. Entonces, ni la cantidad de comunidades, ni la cantidad de tierras representan en su totalidad a todas las comunidades y tierras indígenas, dada la falta de información que el propio INDI dispone.

1.1.2 Procedimiento existente para la restitución de tierras indígenas

En relación al procedimiento que disponen las comunidades indígenas, por su valor analítico y didáctico, de los problemas que usualmente enfrenta una demanda de tierras formulada por una comunidad indígena en el contexto de una organización desfasada del Estado, cuya legislación no está armonizada y actualizada a las obligaciones vigentes, se transcribe “in totum” un dictamen de la Coordinación de Pastoral Indígena (CONAPI) y Tierraviva, presentada al presidente del Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT) en el 2009, quien había expresado dificultades para comprender los alcances de las obligaciones en la materia del ente a su cargo. Al respecto, el documento dice:

“No existen dudas sobre las disposiciones establecidas en la Constitución del Paraguay y las demás leyes sobre los derechos que asisten a las comunidades indígenas. El Estado, en general, está obligado a responder sobre las reivindicaciones de estos derechos profusamente legislados. Sin embargo, se impone analizar algunas cuestiones legales para mejorar y unificar procedimientos ante las instituciones involucradas. Actualmente, el proceso es como sigue:

a) La Ley 904/81 “Estatuto de las Comunidades Indígenas” establece los trámites a seguir ante el INDERT (en el pasado IBR), conforme a los artículos 21 al 23 cuando se trata de tierras fiscales y del 24 al 25 sobre tierra de dominio privado.

b) Cuando se trata de expropiación, el art. 26 refiere que se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República y que la indemnización deberá estar presupuestada, pero sin establecer, cuál de los dos órganos involucrados es el que deberá solicitar la expropiación y el que deberá presupuestar los fondos para ella.

c) Tanto el INDI como las propias comunidades, a través de sus representantes, pueden iniciar los trámites de legalización de tierra ante el INDERT (Art. 24).

⁵ Entrevista realizada al ex titular del INDI, Oscar Ayala Amarilla, enero 2012, en <http://www.abc.com.py/edicion-impres/locales/indigenas-piden-tierras-y-luego-las-arriendan-a-sojeros-segun-ayala-353840.html>

⁶ Nos comentaron que esos datos se cargaron por un funcionario del INDI quien, cuando no tenía información, inventaba el dato.

Las obligaciones del INDERT con las comunidades indígenas, pueden establecerse del siguiente modo:

a) Los derechos indígenas se encuentran garantizados en el Capítulo V de la Constitución y la Reforma Agraria en el Capítulo IX, vale decir, ambos Capítulos tienen rango constitucional, lo cual implica paridad de derechos, a simple vista muy diferentes.

b) El organismo de aplicación del Estatuto Agrario –Ley que reglamenta la Reforma Agraria-, antes IBR, hoy, INDERT, cuyos beneficiarios son los campesinos que cumplen determinados requisitos y las Comunidades Indígenas cuando se encuentran en posesión de tierras fiscales. ¿Qué pasa cuando se trata de tierras privadas? Con la ley 904/81 no existen problemas, el INDERT está obligado en ambos casos, pero la Ley que crea el INDERT, 2419/04, es del año 2004 y, aparentemente, derogaría toda disposición en contrario. Sin embargo este principio, “ley posterior deroga ley anterior” no es un principio absoluto que deba aplicarse siempre, sino que existen otros principios de igual o mayor valor jurídico, los cuales son de aplicación prevalente. Éste principio sólo tiene aplicación, tratándose de leyes que regulen idéntica materia.

En ese sentido y a los efectos de determinar si la norma anterior, la 904/81, mantiene su vigencia o quedó derogada total o parcialmente o si hay complementación entre ésta y la 2419/04, el intérprete deberá considerar ante normas en posible conflicto “la voluntad abrogandi” de la nueva ley, que exige: igualdad de materia; identidad de destinatarios y contradicción entre los fines de los preceptos.

En el sentido que nos ocupa, por tanto, no puede aplicarse el principio que nos hallamos analizando, puesto que lo dispuesto en la ley 904/81, sobre la participación del INDERT, sólo quedaría derogada por otra ley que regule la misma materia, vale decir, la regularización de tierras indígenas tituladas bajo el dominio privado. Aplicándose, este principio, sin este análisis, estaríamos dejando a los reclamos territoriales indígenas sin un organismo ante quien se formule las pretensiones, en el expediente administrativo. Por ello, si bien, son claras las facultades que establecen la ley 2419/04 para el INDERT, hasta tanto no exista una norma supletoria a la establecida por nuestro país para la regularización de tierras indígenas tituladas al sector privado, serán las disposiciones del procedimiento establecido en la 904/81, las que queden vigentes.

Además, cabe señalar que la ley 2419/04 en “Disposiciones Finales”, artículos 49 al 52, establece que normas quedan modificadas o derogadas, sin que la Ley 904 esté explicitada, ni tan siquiera dentro de alguna expresión genérica que lleve a concluir tal cuestión.

En cuanto a la determinación de tierras expropiables y su consecuente presupuestación:

a) El Estatuto Agrario dispone en el artículo 115 que “en lo referente a los derechos de los Pueblos Indígenas se estará a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y tribales en países independientes ratificado por el Paraguay por la Ley N° 234/93”, del cual se desprende: 1) Que el INDERT está obligado a cumplir lo dispuesto en la Ley 234/93, y 2) Que el Estatuto Agrario pareciera que se desentiende de la cuestión indígena al señalar que en el caso de los derechos indígenas se “estará a lo dispuesto en la Ley 234/93”. A su vez, esta Ley se refiere al Gobierno pero sin explicitar cuál de sus órganos es el que deberá resolver la cuestión planteada.

b) El Art. 26 de la Ley 904/81 no dice qué organismo debe solicitar la expropiación. En la práctica, se da de manera no absoluta, con cierta tendencia a ir dejando esta solicitud y expropiación como facultades propias del INDI. Analizando esta situación tenemos: 1ro. La ley 2419/04, en su artículo 28 determina que los bienes y recursos del INDERT no podrán ser destinados al cumplimiento de otros ob-

jetivos que no sean los indicados en esa Ley. 2do. La ley 904/81, no establece con claridad qué organismos del Estado deberá solicitar la expropiación y determinar presupuesto, pudiéramos, concluir que al estar expresamente establecida una prohibición en la ley 2419 y ambigüedad en la 904, deberíamos seguir el camino que más claridad eche a la cuestión y que, por tanto, por exclusión, es el INDI el que debe solicitar y presupuestar los fondos para la expropiación. Sin embargo, no se debe pasar por alto que el Estatuto Agrario adopta como propias las disposiciones del Convenio 169, por lo tanto, al hacerlas suyas, también resulta ser, objetivos propios del INDERT, el contenido del convenio y, consecuentemente, a los cuales podría destinar sus recursos.

También, conviene señalar que debe ser el mismo organismo que resuelve la pertinencia de la expropiación el que presupueste para ello, dado que sería una contradicción que uno de los Institutos esté subordinado a la decisión de otro de igual jerarquía, vale decir, que deba presupuestar lo que el otro resuelve.

c) La Ley 904, en el procedimiento establecido para asentamientos en tierras de dominio privado, procedimiento vigente tal cual concluimos, remite al artículo 22 de la misma ley los trámites necesarios. En el último inciso del mencionado artículo se expresa que es el INDERT el que deberá resolver, previo dictamen del INDI. Ciertamente, de la lectura de este inciso, se colige la particularidad de asentamientos en tierras fiscales, pero la ley 904 tampoco echa más luz al asunto.

d) Lo indubitable es que el INDI es el que debe determinar la correspondencia con el área reclamada por la comunidad o pueblo, por lo tanto las inspecciones oculares sobre los inmuebles de ambos propietarios y los informes producidos sobre las mejoras existentes, realizados por el INDERT, no constituyen criterios para determinar la viabilidad o no del reclamo indígena tal como lo establece la nueva legislación agraria que señala como fuera de su competencia tal materia, tales recaudos sirven exclusivamente para la evaluación por parte del Estado de su eventual costo. Corresponde solicitar al INDI que realice las diligencias necesarias para determinar la condición de hábitat tradicional de las tierras reclamadas. De ser tal condición satisfecha, corresponderá

al INDI dictaminar a favor de la expropiación de las tierras y al INDERT homologar tal dictamen.

En conclusión, los casos de tierra deben seguir tramitándose ante el INDERT conforme a las disposiciones con que se cuentan. Tampoco debe dejarse de lado la experticia de cada uno de estos organismos. Si bien, tal cual vimos, es pertinente que el INDERT pueda resolver y presupuestar fondos para la compra de tierras indígenas, no puede, de ninguna forma, desoír lo señalado en cada caso por el INDI.

Como lo señaláramos, corresponde solicitar al INDI que realice las diligencias necesarias para determinar la condición de hábitat tradicional de las tierras reclamadas, de ser tal condición satisfecha corresponderá al INDI dictaminar a favor de la expropiación de las tierras y al INDERT homologar tal dictamen.

Sin embargo, cabe manifestar a modo de preocupación que existen disposiciones suficientes para que la Junta Asesora y de Gestión del INDERT –integrado por la ARP– se desentienda de los reclamos de tierra indígena, o peor, que los rechace. Esto conlleva la necesidad de impulsar la actualización de las Leyes que regulan los derechos indígenas, en especial sobre los procedimientos y las instituciones encargadas.

Además, y principal, la propia normativa interna de restitución territorial indígena ha sido cuestionada en sentencias de la CIDH, y ha condenado a Paraguay a modificar su legislación al respecto. Este es tal vez el punto resolutivo más incumplido, ya que no se ha verificado actividad legislativa alguna en tan sentido. Se podría abogar porque el Estado

tome lo dispuesto por la CIDH como directrices obligatorias en su futura armonización legislativa, sin dejar de mencionar otros instrumentos internacionales como el Convenio 169, al cual se remite obligatoriamente el Estatuto Agrario y las aspiraciones propias de cada uno de estos Institutos según el plan estratégico nacional para la atención de los diversos sectores de nuestra sociedad”.

En definitiva, además de las “lagunas” legales existentes que conllevan generalmente el desentendimiento de la autoridad administrativa en la materia, el procedimiento vigente ofrece dos caminos: Uno de ellos, la adquisición con fines de restitución que realiza el Estado, ya sea a través del INDI o del INDERT y la expropiación por vía legislativa a través del Congreso.

Ninguno de estos dos procedimientos ofrece un resultado cierto, pues, en el primero de los casos está sujeto a la voluntad del particular que quiera negociar en venta las tierras de su titularidad afectadas por un reclamo indígena. Pero no solo esto, aún cuando

el propietario esté dispuesto a vender su inmueble, la fijación del precio y la disponibilidad de recursos financieros suficientes son elementos que deben considerarse también.

En la segunda variante, la de la expropiación, ya sea petición de cualquiera de los órganos estatales o de la propia comunidad, su resultado está sujeto no a una consideración de derecho, sino a la voluntad política de los miembros del Congreso que, por su naturaleza resuelve la sanción de una ley por mayoría de sus integrantes, sin que esto se pueda garantizar regularmente.

Esta situación, observada por la CIDH en los casos ya citados del pueblo Enxet, torna inocuo el reconocimiento de derechos, pues los mismos, no están acompañados de un recurso efectivo y de órganos de aplicación con facultades y atribuciones suficientes que sean capaces de otorgar certeza jurídica a las demandas de las comunidades indígenas que reclamen sus derechos a la delimitación, demarcación y titulación de sus hábitats tradicionales al Estado.

2. El modelo productivo como factor condicionante de las reformas necesarias

El Paraguay mantiene una estructura latifundista, con una economía predominantemente agropecuaria cuyas exportaciones en un 90% devienen de allí. Según el Censo Agropecuario Nacional del año 2008, el PBI del sector agropecuario “*representa una cuarta parte de la economía cuyas exportaciones de productos provenientes del sector corresponden a más del 90% del total*” (CAN 2008:16). Este modelo agroexportador -

impulsado en las últimas décadas sobre todo por el avance de monocultivos como la soja, seguido por el trigo, el girasol, el maíz y la caña de azúcar, entre otros-, ha desplazado la diversificación productiva y los cultivos para el autoconsumo.

Las economías familiares campesinas han tenido que transformarse o desaparecer lentamente presionados por los empresarios del agronegocio y las multinacionales. Las comunidades indígenas terminan confinadas en pequeñas islas entre sojales transgénicos⁷, principalmente, cuando no migran a otras partes, o sin alternativas ni apoyo alguno,

⁷ Ayala Amarilla, Oscar (2006) en PIDESE.

arriendan parte de sus tierras para intentar sobrevivir. En ambos casos, la deforestación es violenta, miles de kilómetros de desierto verde de soja transgénica, sin árboles ni animales a la vista que, junto a los tóxicos necesarios para poder hacer crecer este cultivo, arrasan y contaminan los kokue (chacras) para el autoabastecimiento de las familias, las fuentes de agua y el poco monte que queda, donde cazan y recolectan.

Claramente, los pobladores de estas zonas se ven afectados, pero la pérdida de la diversificación de alimentos implica a su vez que deben ser importados. Con la pérdida de la soberanía alimentaria y el fuerte poder que ejercen las multinacionales relacionadas con el agronegocio, el Estado va perdiendo la capacidad de delinear sus políticas económicas aumentando su dependencia. Como ejemplo, en el año 2004-2005 la superficie sembrada de soja transgénica era 1,5 millones de hectáreas, cuatro años después aumentó a 2,6 millones de hectáreas (Fassi 2010:30) pero el índice de pobreza en el país se mantuvo alto.

En esta situación, familias campesinas e indígenas que viven rodeadas o cerca de sojales, se exponen a enfermedades, a falta de alimentos y agua para vivir. Más aún, este tipo de monocultivo, es altamente mecanizado y no genera empleo; las ganancias, en su mayoría, quedan en manos de multinacionales que proveen de la tecnología, el comercio y transporte, como de créditos pero además reciben regalías que se pagan en concepto de patentes por las semillas. Lo que queda para el país, en términos de redistribución, es nulo, observando el índice de pobreza, mientras que la modernización y el desarrollo que el discurso de sus defensores anuncia, no se percibe en el conjunto de la población.

Esta situación, se da mayormente en la Región Oriental, donde el suelo y las condiciones climáticas son más aptos para esta actividad económica. En cambio, en la Región Occidental, la explotación ganadera y forestal es la que prima. Ambas actividades son parte de un modelo económico primordialmente extractivo donde ni la población indígena ni el medio ambiente son tomados en cuenta, más bien son excluidos.

Según el último Censo Agropecuario, desde 1991 hasta el 2008, se deforestaron casi 5 millones de hectáreas de

monte para pastura, la cantidad de fincas de mayor tamaño creció para dicha actividad, entendiéndose así que ésta se realiza en estancias con grandes extensiones. El valor total de exportaciones del sector ganadería, según el CAN 2008, era del 15,9%. La actividad forestal bajó su participación en el PBI algunos años y volvió a remontar en los últimos años. Durante el periodo 1991 al 2001 tuvo un promedio de 13,2% en las exportaciones (Brunstein, 2003:11).

Por su parte, las comunidades indígenas que habitaron siempre allí fueron absorbidas como mano de obra barata en los obrajes forestales o en las estancias donde fueron cercadas casi un siglo atrás, convirtiéndose para muchos en meros indígenas proletarizados, concepto que los presenta desvinculados de sus tierras de origen y su cultura.

A partir de la fuerte participación del sector primario y sus derivados en la economía del país, existe la creencia de que otro tipo de modelo productivo, más inclusivo y respetuoso de los derechos y costumbres de las comunidades indígenas, no es posible. Los productores ganaderos de la región chaqueña siguen enfatizando que son parte del motor de la economía. En contraposición, un estudio encargado por Tierraviva observó que este sector mantuvo estable su participación en las exportaciones durante el período 1991 y 2001 y que dado el avance de la agricultura nada haría pensar que esto fuera a cambiar sustancialmente (Brunstein 2003).

Hay que mencionar que el sistema impositivo, además, beneficia a este sector, que paga una ínfima parte tanto como impuesto a la tierra, como por actividad; por ejemplo, las exportaciones para el año 2009 vinculadas al agronegocio fueron de más de 1.834

millones de dólares, mientras que “*la recaudación del Estado en concepto de Impuesto a la Renta de las Actividades Agropecuarias (IMAGRO) en el mismo año fue de menos de 5 millones de dólares*” (Pojoaju et al. 2010)

El modelo agroexportador que se consolidó en las últimas décadas, generó un gran crecimiento económico para el país con una gran expansión de la frontera para el cultivo y la ganadería que desplazó a la población local. Sin embargo, éste no se tradujo en mejores condiciones de vida para la población, menos para la indígena.

La consolidación de este modelo tuvo como consecuencias la migración, el deterioro del medio ambiente y peores condiciones de vida que peligran la existencia de las comunida-

des indígenas. En general, a decir de organizaciones de derechos humanos, “*existiría un marcado impacto del agronegocio en la generación de pobreza*” que se produce de manera indirecta por la reducción del empleo, la concentración del ingreso y la tierra, junto a la degradación ambiental⁸.

2.1 Principales actores y grupos de presión

Dentro de este modelo económico excluyente donde la concentración de la tierra ha ido en aumento unido a un proceso histórico que fortaleció el reparto desigual de este recurso vital, se fue configurando un bloque dominante. Este “*bloque dominante tiene como núcleo de su poder económico las actividades económicas derivadas de la explotación de la tierra, y son los terratenientes la base constitutiva del bloque, bajo la forma de ganaderos, sojeros, madereros, especuladores inmobiliarios, etc., conjuntamente con sus socios comerciales, bajo la figura de empresarios de exportación e importación, del sistema financiero, de industriales vinculados a los agronegocios, entre otros*”⁹ (Rojas 2010). Este bloque se aglutina en diferentes asociaciones gremiales que a su vez se han identificado históricamente con el PLRA y ANR, y recientemente con PPQ y UNACE, que son desprendimientos de los primeros. Estos gremios se agrupan en la Asociación Rural del Paraguay (ARP), la Unión de Gremios de la Producción (UGP), la Asociación de Productores de Soja

(APS), el Centro de Importadores del Paraguay (CIP), la Federación de la Producción, la Industria y el Comercio (Feprinco) y la Cámara Paraguaya de Exportadores de Cereales y Oleaginosas (Capeco), para nombrar los más importantes. Estos gremios, ejercen, y han ejercido históricamente, un fuerte lobby dentro del Estado teniendo incluso representantes directos dentro de los partidos que ocupan bancas en el congreso y lugares claves en los gobiernos. El poder económico y el político se confunden e intervienen en las decisiones dentro del Estado, por lo que los partidos políticos terminan siendo los portavoces de los intereses de un sector económico solamente como herramientas funcionales a las transnacionales y no meros representantes del interés común y nacional.

8 POJOAJU, CODEHUPY, RED RURAL, ROAM (2010). *Impactos del modelo agroexportador en los derechos humanos de la población en Paraguay*. En: <http://www.redrural.org.py/V3/uploads/2010/08/paraguay.pdf>

9 “La mayor parte de estos actores no son visibles o conocidos para la mayoría de la gente, a excepción de los actores de mayor presencia mediática, entre quienes podemos mencionar a Blas N. Riquelme, Aldo Zuccolillo, Tranquilo Favero, Osvaldo Domínguez, Horacio Cartes, Juan Carlos Wasmosy, Juan Rieder, Juan Néstor Núñez, Alberto Soljancic y Héctor Cristaldo. También componen la fuerza económica del bloque hegemónico las empresas del sector mencionado, nacionales y extranjeras: Cargill, Bunge, Monsanto, ADM, Grupo Favero, Frigorífico Concepción, Inmobiliaria del Este, bancos y financieras, entre muchas otra.” (Rojas 2010).

Por otro lado, están las organizaciones campesinas que desde mediados y fines de la década del ochenta han ido organizándose con fuertes consignas relacionadas a la recuperación de tierras, la reforma agraria, la soberanía alimentaria, etc. Varias de estas organizaciones pudieron encontrar expresión política dentro de algunos partidos de izquierda, los cuales, hasta la asunción de Fernando Lugo, no habían podido tener representación dentro del Estado.

Por su parte, los pueblos indígenas se han ido organizando de diferentes maneras. Las organizaciones que han prosperado más en

el tiempo son la FAPI (antes CAPI), la CLIBCh y la Federación Guaraní, aunque existen muchas, algunas más antiguas, pero que representan a un sector más local o minoritario. Estas tres organizaciones nombradas aglutinan a varios pueblos indígenas en diferentes regiones. Sus reclamos están ligados principalmente a la recuperación de sus territorios ancestrales y a una real participación dentro de las decisiones del Estado. Constituyeron incluso movimientos políticos que se aliaron con otros partidos para participar en elecciones, aunque hoy ya estén desactivados aparentemente. Más allá de las organizaciones formales que conforman, la participación de los pueblos indígenas ha ido aumentando en sus repetidas manifestaciones aunque no sea por cuestiones puntuales reivindicando sus derechos a la tierra, a la educación, alimentación y salud principalmente.

2.2 Información demográfica

Para el año 2002, el del último censo realizado, la población urbana era del 56,7%, y la rural del 43,3%. Entre el anterior censo, 1996, y este de 2002, la población rural disminuyó 6,3%¹⁰ en sólo 6 años. En cuanto a la población indígena, componen casi el 2%¹¹ de la población total ubicada, en su mayoría, en el área rural. En Paraguay habitan 20 pueblos indígenas pertenecientes a cinco familias lingüísticas. Encontramos que la mayor diversidad de pueblos se encuentra en el Chaco o región occidental aunque la proporción de población entre una región y otra es prácticamente homogénea (DGEEC, 2002).

Esta es una población eminentemente joven, con escasa población adulta y de casi igual proporciones entre hombres (50,8%) y mujeres (49,2%) (DGEEC, EPHI 2008). La estructura de edad de pirámide de base ancha y angosta al final muestra no sólo altas tasas de natalidad sino también de mortalidad, clara cuenta del déficit de atención en

salud y las difíciles condiciones de vida con escaso acceso a tierras de calidad y cantidad suficiente. El acceso a los servicios básicos como agua, luz, salud, educación es casi nulo, o deficiente en el mejor de los casos, y puede leerse en la comparación realizada por la DGEEC entre la Encuesta Permanente de Hogares 2007 con población no indígena y la EHI 2008 enfocada en la población indígena¹². Según esta dirección estatal, la tasa de analfabetismo para la población no indígena de 15 años y más, es de 5,4%, mientras que para los pueblos indígenas asciende al 40,2%; siendo el promedio de años cursados no supera los 3 años para los pueblos indígenas mientras que para el resto es de 8 años. Las desigualdades y exclusión que sufre esta población, sin contar que en la mayoría de los casos no se respeta –porque no se enseña– la lengua materna, también se ve reflejada en el promedio de ingreso mensual de la población asalariada indígena que es de Gs.778.000 y la no indígena, Gs.1.193.000¹³.

10 DGEEC.

11 DGEEC, EHI 2008.

12 Disponible en la web.

13 En ambos casos igualmente por debajo del mínimo legal establecido como salario mínimo.

3. Comportamiento del poder público

3.1 Poder Ejecutivo

Como mencionábamos más arriba, el Estado debe observar el marco jurídico para garantizar los derechos y dar cumplimiento a sus obligaciones. En materia de restitución y garantía de los derechos de los pueblos indígenas a su tierra, el Poder Ejecutivo cumple un rol principal.

La aplicación de la ley principal que regula el acceso a las tierras y el territorio para las comunidades indígenas es eminentemente administrativa y sus órganos de aplicación pertenecen a este poder. El Ejecutivo es a su vez el poder encargado de elevar el presupuesto de todas sus dependencias, planificar y de llevar adelante las gestiones necesarias para la restitución territorial indígena y del trabajo en conjunto con las comunidades.

3.1.1 El INDI

El Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) es el organismo responsable de la política indigenista del país. Debe brindar la visión especializada a los demás entes del Estado sobre la materia y apoyar las gestiones que las comunidades y pueblos indígenas realicen. Esta institución se regula por la Ley 904/81 que le da origen y depende del ministerio de Educación y Cultura, pero su encargado es nombrado por el presidente de la nación.

El INDI ha sido históricamente una institución marginal con escasa relevancia para los diferentes gobiernos que le han dotado de bajo presupuesto consecutivamente, de manera que su respuesta a las distintas situaciones de las comunidades indígenas en todo el país ha sido limitada. Aún así, desde su creación las exigencias sobre la institución para la atención de la población indígena fueron aumentando, incluso por otros entes del Estado que han mal interpretado su función responsabilizándolo de la efecti-

vización de derechos como salud, educación, entre otros.

A esta confusión de responsabilidades se le suma la de su naturaleza que desdibuja a quién representa la entidad malinterpretándose como instancia de participación indígena. Desde su creación, la discusión sobre quiénes deben ocupar este espacio se mantuvo latente dentro de espacios oficiales como por fuera e incluso al interior de las organizaciones indígenas. Esta interpretación también fue a la par de la exigencia de un movimiento indígena por momentos articulado, por otros no tanto, que presiona por su derecho a la participación.

Esta interpretación significa, por un lado, entender que el espacio ocupado por indígenas dentro de esta o cualquier otra institución del Estado garantiza su participación, una participación por demás limitada en todo sentido; por otro lado, supone colocar al sujeto de derecho como responsable directo por la violación que se hace a sus propios derechos. En suma, esta desnaturalización coloca a la institución como espacio legítimo de representación de los pueblos indígenas, cuando por su naturaleza representa al Estado ante a éstos¹⁴.

14 Un claro ejemplo de la desorientación con respecto al rol del INDI y el derecho a la participación indígena puede observarse en lo ocurrido dentro del último gobierno legítimo. El gobierno de Lugo, apenas asumido, nombró como presidenta del instituto a una de las principales referentes indígenas del pueblo Aché, Margarita Mbywangy. Aunque gratamente acogido por organizaciones indígenas, instituciones de derechos humanos y por la sociedad en general, el nombramiento fue reducido a lo formal sin facilitarle los recursos humanos y materiales para desempeñar la compleja y delicada tarea de estar al frente de una institución tan compleja. Margarita Mbywangy tenía todas las herramientas políticas, pero no así las técnicas, lo que terminó en presiones fuertes de algunos grupos indígenas y su posterior destitución. El gobierno entra así en una desorientación total y propone que el presidente/a del INDI sea elegido por las organizaciones indígenas que se reunirían en un congreso. Creyendo que así se le daría legitimidad al representante al tiempo de dar participación a los pueblos indígenas, eligieron a una persona que el gobierno no termina de nombrar. El gobierno se percata del desatino y, sin saber qué hacer, deja acéfalo el instituto colocando al entonces Ministro de Educación como jefe de despacho.

El derecho a la participación de los pueblos indígenas en las políticas públicas susceptibles de afectar intereses de los mismos, se ejerce conforme a las disposiciones del Convenio 169, desde las propias instituciones de los pueblos indígenas, de acuerdo a sus usos, costumbres y formas de organización definidas por los mismos. Los espacios de participación indígena, por su parte, deberían responder y concebirse como de interlocución con el Estado sin que ello interrumpa la representación genuina de los colectivos a los que pertenecen.

La desnaturalización de la función del INDI pudo ser apreciada en los últimos años con el intento de creación de un consejo indígena que designó a su representante/encargado, luego de no haber podido tener la posibilidad y apoyo la líder indígena Aché encargada de la presidencia.

Sobre estos hechos coyunturales que hacen también al buen funcionamiento de la institución, existen otras situaciones que se han mantenido de manera permanente: la falta de documentación e información y de personal calificado y suficiente para cumplir el rol al que es llamado esta entidad.

Actualmente, para aproximarnos a la población indígena en sus aspectos más básicos, debemos recurrir a los censos de población y vivienda elaborados por la Dirección de Encuestas, Estadísticas y Censos sobre comunidades indígenas, los cuales sólo nos presentan datos sociodemográficos. Con respecto a la situación territorial que da cuenta del elemento más importante para entender hasta qué punto se respetan sus derechos, no hay información precisa. En síntesis, no existe un catastro que pueda precisar la cantidad de tierras a nombre de las comunidades indígenas y el INDI tampoco dispone de información exacta sobre la cantidad de propiedades, ubicación, hectáreas y comunidades y pueblos a los que ha comprado tierras (llamadas tierras aseguradas

a nombre de alguna comunidad); tampoco posee información sobre la cantidad de comunidades exactas con pedidos de ampliación y los trámites de titulación; menos aún dispone de todos los títulos de propiedad que fueron transferidos y restituidos por privados a las comunidades. Todo ello, además, hace a la letanía de cualquier tipo de trámite vinculado a restitución de tierras que las comunidades quieran llevar a buen término¹⁵.

A ello se le suma el déficit importante de recursos humanos calificados e idóneos en la materia dentro de la institución. Para dar una idea, hasta mediados de 2012, en el INDI existían solamente cinco abogados¹⁶ para atender la compleja situación indígena en sus más variadas manifestaciones, que se reproduce a su vez en la insuficiencia de diversas especialidades, como antropólogos, topógrafos, entre otros, necesarios para una atención real y profesional¹⁷.

Estos datos y documentación ayudarían junto a profesionales especializados y vinculados con los distintos pueblos indígenas que habitan el país, a diseñar una política definida así como programas y proyectos que satisfagan las demandas y las situaciones en las que se encuentran.

15 Esta carencia estatal en otorgar importancia a la información estadística y proteger debidamente los expedientes administrativos, llegó al extremo en que en el año 2009, el Ministro de Educación y Cultura, encargado de despacho del INDI en ese momento, dispusiera la dispersión de toda la documentación con que contaba la institución; hecho que contribuyó considerablemente al extravío de innumerables expedientes de gran valor, cuya recuperación se torna casi imposible. El perjuicio causado a las comunidades indígenas afectadas cuyos expedientes no fueron encontrados a partir de este hecho es de gran consideración.

16 Son dos abogados contratados, otros dos contratados por la Entidad Binacional Itaipú, y otra bajo un proyecto del Banco Mundial que se encargaba de dos departamentos del país.

17 Una muestra clara de la ausencia de profesionales especializados como de políticas que respeten los derechos de los pueblos se visualiza claramente en algunos documentos expedidos por esta institución donde se los nombra como "parcialidad", término despectivo y en desuso.

3.1.2 Procedimiento de restitución de tierras. Contradicciones desde el propio INDERT

Respecto al procedimiento establecido para la restitución de tierras indígenas, el mismo abarca, casi en su totalidad, gestiones realizadas por el INDERT y el INDI, según lo establecido en la Ley 904, anteriormente mencionado.

El procedimiento contempla dos variables según quien detente la titularidad de las tierras: la primera, si fueran tierras fiscales, la situación se encuentra reglada en los artículos 21 al 23; y segunda, si fueran tierras de dominio privado en los artículos 24 y 25. Contempla, también, la posibilidad de la expropiación pero derivando, a través de su artículo 26, el entendimiento del tema a lo que esté dispuesto en la Constitución del país. En la práctica, el procedimiento descrito tropieza con varias dificultades, entre ellas las planteadas por el propio INDERT.

El ex Instituto de Bienestar Rural (IBR), que a partir de 2004 pasó a ser el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de Tierra (INDERT), tiene como una de sus obligaciones adecuar la estructura agraria para promover el acceso a la tierra, regularizar la tenencia y coordinar acciones que promuevan el arraigo y el desarrollo productivo, mediante la Ley 2419. Además, es el organismo de aplicación del Estatuto Agrario. Los beneficiarios, expresamente señalados, son los campesinos que reúnan ciertos requisitos y las comunidades indígenas que se encuentren en posesión de tierras fiscales. La Ley 904, anterior a la carta orgánica de 2004 del INDERT, establece claramente que el ente agrario está obligado también a entender casos de comunidades que reivindiquen tierras que se encuentren bajo el dominio privado. En la práctica, el IN-

DERT se desentiende de los casos de restitución de tierras en dominio privado por parte de comunidades indígenas.

En varias oportunidades se ha referido como argumento excluyente de la participación del INDERT una aparente colisión de derechos o la necesidad de aplicarse el principio de *“ley posterior deroga ley anterior”*. Sin embargo, los derechos de los pueblos indígenas como la reforma agraria tienen rango constitucional (capítulos V y IX, respectivamente), por lo que se puede afirmar que existe una paridad en la exigibilidad de ambos derechos. En este sentido, la aplicación del principio de *“ley posterior deroga ley anterior”*, no es de aplicación absoluta, sino que deben aplicarse otros principios de igual o mayor jerarquía jurídica. Para que este argumento sea aplicable, debería regular idéntica materia, vale señalar: igualdad de materia, identidad de destinatarios y contradicción entre los fines de los preceptos.

Por otra parte, la ley orgánica del INDERT ni ninguna otra señalan algún procedimiento distinto al planteado en la 904/81 en casos de regularización de tierras indígenas tituladas bajo el dominio privado. De hecho, de aplicarse ese principio sin este análisis, los reclamos territoriales indígenas quedarían sin un organismo para poder formular y tramitar sus derechos en el expediente administrativo. Asimismo, la Ley 2419/04 en las “Disposiciones Finales”, artículos 49 al 52, menciona las normas que quedan modificadas o derogadas, sin que la Ley 904 esté explicitada, ni siquiera dentro de alguna expresión genérica que lleve a concluir tal cuestión. De esta manera, se entiende que hasta tanto no exista una norma supletoria a la establecida sobre regularización de tierras indígenas tituladas al sector privado, deben ser tramitadas conforme a las disposiciones del procedimiento establecido en la Ley 904. Además, el Estatuto Agrario, cuyo órgano de aplicación es el INDERT, dispone en su artículo 115 que

“en lo referente a los derechos de los Pueblos Indígenas se estará a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y tribales en países independientes ratificado por el Paraguay por la Ley N° 234/93”.

Por tanto, el INDERT está obligado expresamente a cumplir con ello.

Sin embargo, lo anterior no excluye la responsabilidad del INDI y su participación en los trámites de restitución desde el principio del reclamo hasta su ejecución final. El procedimiento señala que el INDERT deberá resolver la pertinencia del reclamo territorial indígena, previo dictamen del INDI. La responsabilidad de ambos entes está clarificada: las inspecciones oculares sobre los inmuebles y los informes producidos sobre las mejoras existentes, realizados por el INDERT, no constituyen criterios para determinar la viabilidad o no del reclamo indígena sino que sirven exclusivamente para la evaluación por parte del Estado de su eventual costo; al INDI corresponde solicitar la realización de las diligencias necesarias para determinar la condición de hábitat tradicional de las tierras reclamadas. De ser tal condición satisfecha, corresponderá al INDI dictaminar a favor de la expropiación de las tierras y al INDERT homologar tal dictamen.

Sin embargo, en la práctica los trámites iniciados en el INDERT se realizan hasta constatar que sean o no propiedad privada. En caso de ser propiedad privada, la institución acostumbra remitir el expediente al INDI, a efectos del dictamen institucional, en otros casos se plantea que sea agregado al presupuesto de la institución, como el caso de las comunidades Karanda, Takuarusu y Kaatymi, de Caazapá. Ahora bien, si se trata de tierras fiscales el trámite se realiza ante el INDERT y el mismo es el encargado de transferir a título gratuito las tierras, previa constatación de los requisitos establecidos.

El problema principal es que existe una laguna importante que dejan estas leyes por la poca claridad sobre cuál de los organismos es el que debe solicitar las eventuales expropiaciones y presupuestar lo necesario para ello. Las leyes son interpretadas según el caso, los intereses contrapuestos y la buena voluntad y entendimiento de los funcionarios, a la par de las directrices impuestas desde arriba por los encargados de cada institución.

Generalmente, en la práctica, la solicitud y expropiación se dejan como facultades propias del INDI y el INDERT realiza

intervenciones puntuales con una pérdida paulatina del ritmo del proceso; aún cuando podría señalarse como una suerte de contradicción el que uno de los institutos esté subordinado a la decisión de otro de igual jerarquía, vale decir, que deba presupuestar lo que el otro resuelve.

En este sentido, se puede observar cómo una práctica termina formalizándose con los dictámenes jurídicos del INDERT, quien recomienda que los expedientes de restitución territorial sean derivados directamente al INDI cuando las tierras están tituladas en dominio privado. El dictamen 2243 del 4 de diciembre de 2007 es clarificador de este proceder. El abogado del INDERT sugiere remitir el expediente de la comunidad Kemhayak Sepo del pueblo Enxet al INDI por el hecho de que las tierras reivindicadas pertenecen en titularidad a un particular y no son tierras fiscales.

En ocasiones y aún con el burocrático y lento proceder, es mayor garantía de resolución favorable para las comunidades que sólo el INDI intervenga en el proceso, dada la reticencia a involucrarse por parte del INDERT. Esto da cuenta, como señalamos antes, que no se cuenta con una ley regulatoria en estos casos y de las limitaciones de la Ley 904 en su aplicación. Esta ley sólo logra resultados satisfactorios para los indígenas cuando la "invitación" realizada al titular de las tierras encuentra acogida; de lo contrario, no ofrece respuesta a las comunidades indígenas. Queda nuevamente en manos de la habilidad del INDI o de otro funcionario el iniciar medidas alternativas o propiciar mesas de negociación para la salida favorable a la cuestión planteada.

En los casos en que los titulares de tierras indígenas accedan a venderlas, se abre un expediente anexo al trámite principal por el cual se inician los trámites descritos anteriormente sobre la adquisición de tierras¹⁸. Se continúan las gestiones iniciadas en el expediente, en todo caso el expediente accesorio se trata de la oferta del propietario, pero no se deja de lado el principal, pues el mismo sirve de fundamento a todas las diligencias así como la decisión de adquirir dichas tierras y no otras de la larga lista de solicitudes obrantes en la institución.

Hasta el momento, los expedientes de reivindicación territorial que prosperan son aquellos cuyas tierras reivindicadas están en manos de titulares privados que acceden a su venta. En los casos en que los titulares de tierras ancestrales reivindicadas por comunidades indígenas no acceden a la venta, quedan postergados por años y son directamente insatisfechos.

Estos últimos casos hacen visible la debilidad normativa en el proceso de restitución de tierras que coloca al INDI en una posición desventajosa ante particulares que ostentan la titularidad de las tierras indígenas. Por tanto, en el ejercicio de su principal función, la restitución de tierras, el INDI actúa desde un criterio marcadamente inmobiliario, mercantil. Este criterio se traduce en el tipo de demanda que realizan las comunidades indígenas entendiendo, de alguna manera, que ésta es la forma de recuperar tierras y vivir dignamente. Principalmente, esta lógica se puede observar en la Región Oriental del país donde el inicio de los trámites de restitución muchas veces comienza por la existencia de un inmueble cuyo propietario tiene la intención de vender. Esta propiedad puede coincidir o no con las tierras tradicionales de la comunidad que las solicita, lo que significa que, ante la debilidad normativa e institucional del sujeto obligado de responder ante la solicitud de las tierras ancestrales, prevalezca una lógica inmobiliaria de satisfacción de este derecho siempre y cuando las condiciones presupuestarias sean las adecuadas.

La situación a la que se ven expuestas las comunidades y las posibilidades concretas de recuperar tierras a las que les une un vínculo cultural o una historia más reciente es cada vez más complejo, la mayor parte de las tierras se encuentran deforestadas para la siembra de monocultivos y otras actividades como la ganadería.

En general, la desprotección es tal que sólo los casos en los que prima el “criterio inmobiliario” son los que prosperan; no así aquellos casos en los que la comunidad exige la restitución de las tierras ancestrales que, en derecho, les pertenecen. Ello se ve específicamente en el Chaco donde ante la negación de venta de parte del titular, el rechazo de los parlamentarios a la expropiación, la única solución por parte del Estado es la búsqueda de tierras alternativas al pedido original.

Por otra parte, esta situación en la que se encuentran las tierras de la Región Oriental conlleva también a un deterioro mayor de las condiciones de vida de las comunidades asentadas. Siendo la región más densamente poblada y productiva del país, los conflictos con otros actores sociales son frecuentes. Muchas veces, como ocurre con las demandas del Departamento de Caaguazú, las tierras solicitadas siquiera disponen de la superficie correspondiente en calidad y/o extensión¹⁹.

En este sentido, la implementación de mayores recursos se da en la Región Oriental donde se destina el 80% de los esfuerzos del INDI. La contracara, el abandono y ausencia

18 Estos trámites contienen: documentos citados anteriormente, carta oferta, ofrecimiento estatal si fuera uno de los casos con sentencia internacional, solicitud de la comunidad y sus documentos relacionados como el reconocimiento de líderes, la personería jurídica, el censo, el informe antropológico por un lado; y por otro lado, la carta oferta del propietario, los documentos que demuestran la situación legal de las tierras ofertadas, la tasación del MOPC y otra institución similar habilitada para este efecto, el estudio de la factibilidad del suelo, una verificación de la superficie ofertada obrante en el título y una mensura administrativa en campo; sobre ello se obtiene un resultado que se comunica al propietario para su aceptación dado que no siempre puede coincidir la tasación oficial con el monto establecido por el oferente
19 Ver art. 64 de la Constitución Nacional “De la propiedad comunitaria”.

en la Región Occidental o Chaco por un lado; y por otro, que esta dedicación no se traduce necesariamente en una respuesta planificada a la grave situación en la que se encuentran las comunidades en materia territorial en la Región Oriental. Aún comunidades con tierra y título propio son cuestionadas por terceros sobre la titularidad de sus propiedades; en otros casos existe superposición de títulos; y en otros, han ido siendo desposeídas y obligadas a migrar tras intentar sobrevivir sin éxito cercadas por campos de soja que contaminan con los plaguicidas sus fuentes de agua y cultivos.

Uno de los casos más graves en cuanto a superposición de títulos es el que se sucede con 5 comunidades de Itakyry, Alto Paraná. En la misma, la titularidad de las tierras adquiridas por el INDI para el asiento de estas comunidades, se vio objetada por productores sojeros brasileños, estableciéndose una mesa interinstitucional que estudiaría el mejor derecho de las partes sobre las tierras en conflicto, experiencia con un resultado poco agradable.

3.1.3 Garantía del derecho a la propiedad comunitaria

La propiedad comunitaria se encuentra garantizada por el art. 64 de la Constitución Nacional, al establecer que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida.”

Esta garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas²⁰. Las tierras, por tanto, no sólo constituyen el medio de subsistencia, sino que constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural²¹.

No siendo por tanto un reconocimiento controvertido, el Estado ha encontrado obstáculos para la aplicación del procedimiento de restitución de tierras a los pueblos indígenas, aun sin que medie un reconocimiento controvertido. Paraguay, en su intento de justificar la violación del derecho a la propiedad comunitaria indígena, expuso como argumentos obstaculizantes hechos o situaciones que el mismo fue responsable de causar o debía evitar que sucediera. El Estado paraguayo fue condenado así tres veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violar derechos de los pueblos indígenas, condenas que recogen estos obstáculos, alegados y demostrados a lo largo del proceso de parte de los representantes convencionales de las comunidades indígenas.

El Estado, representado por el Poder Ejecutivo, el INDI, la Procuraduría General de la República y la Cancillería, expuso variados

²⁰ Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 154.

²¹ *Ibid.* Párrafos 118, 135 y 174.

argumentos para justificar la pendiente satisfacción del derecho comunitario a las tierras para las comunidades indígenas Yakye Axa del pueblo Enxet, en 2005; Sawhoyamaxa del pueblo Enxet, en 2006; y, Xákmok Kásek del pueblo Sapananá en 2010.

Al sustanciar el juicio de Yakye Axa, el Estado expresó a la Corte que no podía dar tierras a una comunidad sin personería jurídica dado que esto era requisito para ser titular del derecho planteado²². La CIDH sin embargo, analizando la Constitución del Paraguay, encontró que al declarar que *“grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”* ésta reconoce sus derechos haciéndolos operativos para su reivindicación aun siendo necesario que para la transferencia de tierras tenga como requisito la obtención de personería jurídica; como dice la propia sentencia:

*“los sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado”*²³.

Sin insistir sobre este argumento, el Estado tampoco logró dar el salto cualitativo que permite la aplicación de la esencia de lo manifestado por la CIDH. Esta limitante encuentra otro escollo al reconocimiento con personería jurídica de un colectivo indígena como pueblo, más allá de las comunidades que lo componen. En este sentido, la CIDH encuentra que el instrumento más alto, la Constitución Nacional, sienta las bases para que sea aplicable el colectivo “pueblos indígenas” antes de “comunidades”. Aun siendo una responsabilidad compartida con el Legislativo, el Ejecutivo posee las facultades para tomar medidas internas que posibiliten la reivindicación de un pueblo sobre su territorio. Esto permitiría a varios pueblos indígenas como el Ayoreo y el Ishir, por ejemplo, que plantean una reivindicación como colectivo y

no como comunidades particulares, tramitar la concreción de dicho derecho desde sus principios y sentido de pertenencia.

La negación sobre la preexistencia de los pueblos indígenas por parte de sucesivos gobiernos fue argumentada repetidas veces dentro de las dos primeras sentencias ante la CIDH para justificarse. Este es uno de los argumentos implementados para cuestionar la legitimidad de cualquier reclamo en cuanto pueblos indígenas, los cuales, por otra parte, deben ser sustentados en informes antropológicos y otros documentos que den cuenta de su relación con determinadas tierras y territorio.

Otra de las justificaciones dadas por el Estado para evadir su responsabilidad de reparar los derechos violados a las comunidades indígenas, fue que tanto Yakye Axa como Sawhoyamaxa habían “abandonado” sus tierras voluntariamente. Este argumento que intenta deslegitimar la lucha indígena de la recuperación de su territorio, negaba los años de suplicio, explotaciones y humillaciones que sufrieron antes de posicionarse desde otro lugar para la reivindicación de sus tierras. Para el Estado la salida forzada de la comunidad buscando mejores condiciones de vida invalidaba cualquier tipo de reivindicación, mientras que para la CIDH:

“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;

2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento

²² “No existe una demora de más de diez años en el procedimiento de reivindicación de tierras, por cuanto la personería jurídica de la Comunidad se otorgó el 10 de diciembre de 2001. La personería jurídica otorgada a la Comunidad mediante el Decreto No. 15.228 es la que le da el derecho a las reclamaciones que como pueblo indígena le corresponde, considerando que la propiedad indígena prevista en la Constitución y en las leyes vigentes en el Paraguay son de carácter comunitario y no individual”. Alegatos del Estado paraguayo, recogidos en *Ibíd.*, párrafo 54.

²³ *Ibíd.* Párrafos 79 al 83.

oficial de propiedad y su registro;

3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas;

4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y

5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”²⁴.

Este punteo sobre la propiedad colectiva indígena surge de la tercera sentencia contra Paraguay de violación a los derechos de los pueblos indígenas cuando ya había sido señalada en las dos ocasiones anteriores sin que el Estado haya cambiado su ya genocida visión sobre el mismo pueblo indígena. La CIDH a su vez, determinó que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional

o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura. Si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan²⁵. Esta vigencia de la exigibilidad de la restitución también fue cuestionada por el Estado.

Finalmente, el Estado recogió lo pronunciado por las sentencias, creó una comisión interinstitucional para dar cumplimiento y ya no cuestionó la legitimidad del reclamo de tierras. Sin embargo, persiste en el Ejecutivo -y el Legislativo- la renuencia a cumplir el derecho indígena cuando las tierras reivindicadas están en manos de particulares y son explotadas racionalmente. Tal es así que el propio Estado defendió en repetidas oportunidades la propiedad de estos particulares justificando su oposición a llevar a cabo la expropiación o cualquier medida que fuera contra el derecho de propiedad privado, e individual. La Corte consideró que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias²⁶.

En la práctica, la óptica estatal se limita a sustraer su obligación de restituir tierras en los casos donde no hay conflictos de intereses, por tanto los derechos territoriales indígenas se ven frustrados o violados cuando las tierras están en manos particulares y explotadas económicamente conforme a los estándares legales y no pueden ser consideradas tierras improductivas según la legislación agraria. Aunque la CIDH haya manifestado que los Estados deben valorar, caso por caso, las restricciones que resultarían del reconocimiento

24 *Ibid.* Párrafos 109 y 128.

25 *Ibid.* Párrafos 131 y 132.

26 *Ibid.* Párrafos 138 y 149.

de un derecho por sobre el otro, teniendo en cuenta que el desconocimiento de este derecho de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales, podría afectar otros derechos.

En este sentido, debe entenderse que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. Por tanto, una restricción sobre el derecho a la propiedad privada de particulares puede ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Asimismo, cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas²⁷.

Las pautas a seguir, cuando existan conflictos de intereses que deban resolverse mediante la restricción de uno de los derechos enfrentados, también fueron entregadas por la CIDH: a) deben estar posibilitadas por

ley; b) deben ser necesarias para satisfacer un interés público imperativo, en ese sentido, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar identidades culturales; c) deben ser proporcionales, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido y mediante el pago de una justa indemnización a los perjudicados; d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y pluralista²⁸.

Bajo el argumento de explotación racional de las tierras subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos²⁹.

La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos, no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N°. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario³⁰.

La Corte Interamericana, por su parte, ha explicado que si no hay restitución, las tierras alternativas a ser provistas deben ser de “extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida”, queriendo decir que tienen la capacidad de proveer los recursos que dan sustento a la vida y el “espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”. En otras palabras, “no basta con que existan otras propiedades disponibles. Para el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas, éstas deben al menos tener ciertas ‘aptitudes agroecológicas’ y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la comunidad”³¹. Entonces, la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una

27 *Ibid.* Párrafos 146 al 149.

28 *Ibid.* Párrafos 138 y 144.

29 *Ibid.* Párrafo 139.

30 *Ibid.* Párrafos 151.

31 *Ibid.* Párrafos 118.

justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del marco jurídico ofrecido y a través del consenso de las comunidades interesadas, lo cual sucedió con la comunidad de Kelyenmagategma.

Por otra parte, la omisión no sólo es en función a la tramitación de las tierras sino también en las consecuencias que ocasiona la demora. Ordinariamente, un caso puede llevar años de tramitación, entre tanto, las tierras pueden ser disputadas jurídica y físicamente a los indígenas quienes soportan que otros inicien trámites sobre las mismas tierras reclamadas. En la demora, la corrupción, falta de documentación y catastro, entre otras comienzan a operar y no es raro encontrar superposición de títulos, conflictos con otros grupos sociales, incluso, entre indígenas de distintos pueblos. En especial el Poder Ejecutivo y Judicial, deberían promover medidas que permitan proteger las tierras indígenas reivindicadas de la acción de terceros particulares:

“el Estado deberá velar que tal territorio no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. Así, deberá asegurar que no se deforeste la zona, no se destruyan los sitios culturalmente importantes para la comunidad, no se transfieran las tierras y no se explote el territorio de tal forma que dañe irreparablemente la zona o los recursos naturales que en ella existan”³².

En la Región Oriental, la desprotección de tierras reivindicadas abunda. La comunidad indígena Mbya Guaraní de Paraha Puku, ubicada en el Departamento de Caaguazú, es un ejemplo claro. En este caso, existen denuncias sobre comisiones campesinas y de empresarios agroexportadores que atropellaron violentamente la comunidad indígena sin que el INDI o el INDERT hayan tomado acciones. Ante la ausencia total de las instituciones del Estado encargadas, los poderes locales logran operar con completa libertad violando los derechos de la comunidad que son forzadas a desplazarse y cuando intentan nuevamente ingresar a sus tierras son amedrentadas.

El caso de la comunidad Mbya Guaraní de Pindó, es otro ejemplo. Ubicada en el Departamento de Caaguazú, sus

miembros han venido luchando continuamente contra la violencia de campesinos y brasileros que intentan quedarse con sus tierras. Sin embargo, existen estrategias más sutiles para apropiarse de las tierras indígenas que se da, entre otras, vía arrendamiento. Este es el caso de la comunidad Carrería'i del pueblo Avá Guaraní que vive en el Departamento de Alto Paraná, distrito de Itakyry. Rodeados de sojales y sin posibilidades de desarrollar sus formas tradicionales de vida, empresarios brasileros aprovechan la situación de necesidad de la comunidad y le ofrecen arrendar sus tierras para su explotación vía contrato. Tanto el arrendamiento como la explotación por terceros de tierras definidas como: inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles y no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas³³, es anti-constitucional. Esta situación ilegal en la que incurren ambas partes, lleva a que las condiciones de arrendamiento y contrato sean muy desventajosas para la comunidad y que al momento en que la comunidad intenta revertirla, los empresarios incluso intenten expulsarles de sus propia tierra. En los casos de la región oriental, la ausencia del Estado coadyuva a la migración hacia otras comunidades y centros urbanos por el escaso apoyo para vivir entre sojales con fumigaciones tóxicas que alcanzan sus fuentes de agua, sus cultivos y su salud.

El monocultivo no solamente afecta a comunidades indígenas sino a familias campesinas quienes, por diferentes motivos, son desplazadas y también buscan mejores condiciones de vida y desarrollo en otros lugares. En este contexto donde la tierra es escasa, la disputa muchas veces se termina dirimiendo entre los sectores más vulnerabilizados por este modelo productivo. Uno de

32 *Ibid.* Párrafo 291.

33 Art. 64 de la Constitución del Paraguay.

los departamentos con mayores conflictos por la tierra, es el de Canindeyú. Un ejemplo de ello es el complejo caso de la Finca 470, expropiada a favor de la comunidad Chupa Peu del pueblo Aché, reclamada por otras cuatro comunidades del pueblo Avá Guaraní que también habitaban allí, y luego ocupada en parte por un grupo de campesinos que demandaba al INDERT un remanente de tierras fiscales³⁴.

Sin embargo, las formas de despojo van desde la contaminación de su medio ambiente hasta la conservacionista donde en nombre de la preservación, y colocando a los y las indígenas como partícipes forzados de la deforestación, son echados, desplazados o condicionados para hacer posesión de sus propias tierras. Relevándose casos tanto en la región oriental como en el chaco, podemos nombrar entre varios ejemplos, los casos de la comunidad Aché nombrada anteriormente que fue despojada de sus tierras para crear el Parque Reserva Privada Mbaracayu, el de la comunidad Xákmok Kásek del pueblo Sanapaná en el Chaco cuyas tierras reclamadas fueron declaradas área silvestre protegida con el objetivo de impedir su restitución, y el caso de la organización Unión de Comunidades Indígenas de la Nación Ishir (UCINY), quienes para recuperar parte de su territorio se ven condicionados a esperar 20 años a que les sean transferidas sin poder hacer uso y en condominio con Guyra Paraguay, quien decidirá el manejo³⁵.

En el caso de Xákmok Kásek del pueblo Sanapaná, el titular de las tierras logró la aprobación del decreto que declaraba Área Silvestre Protegida de dominio privado las

tierras reivindicadas. Lo paradójico fue que el proyecto hacía mención especial de la ancestralidad del lugar como parte del patrimonio de la futura reserva junto con la presencia de indígenas de la zona³⁶. Incluso pasado dos años de la sentencia de la CIDH que condenó al Estado, entre otras, por esta violación en el año 2010, no hubo intención de revocación de la Secretaría del Ambiente (SEAM).

Desde las formas más directas de despojo, en el Chaco, podemos ejemplificar con la comunidad Kelyenmagategma del pueblo Enxet, ubicada donde desembarcaron e hicieron el primer contacto los anglicanos misioneros (con este mismo pueblo). Desde la historia reciente, la comunidad reporta tres violentos desalojos de sus tierras, más conocidas como Puerto Colón³⁷. En todas las ocasiones Kelyenmagategma volvió a su asentamiento constreñida a vivir bajo temor e inseguridad. Los autores de los intentos de despojo fueron identificados por miembros de la comunidad como trabajadores de la estancia que detentaba la titularidad de las tierras junto a fiscales y policías, haciendo que la violación de sus derechos no pasara sólo por la omisión del Estado de acudir, sino por acción directa de sus representantes.

Considerables conflictos suscitados por arrendamiento, deforestación y venta de madera, se registran desafortunadamente con mayor frecuencia en el Chaco. Tienen como origen visible el desacuerdo en la aplicación de los compromisos arribados entre las partes (entre indígenas de la misma o de diferentes comunidades o con el campesinado y con los empresarios ganaderos y agroexportadores). La ilegalidad en la que se definen estos compromisos constituye el primer obstáculo para su cumplimiento y los conflictos los cuales van erosionando el tejido social de la comunidad, fraccionándola, sumiéndola a vivir en condiciones precarias por la falta de recursos y en constante tensión, junto a la amenaza latente de serles quitadas sus tierras. Estas prácticas ponen en relieve el estado de indefensión y abandono en la que el Estado sume a las comunidades indígenas que difícilmente pueden ejercer su autonomía y autodeterminación en contextos donde la presión para comercializar con

34 Quiroga, Lorna, "De la inestabilidad al golpe parlamentario", en: *Yvypora Derecho Paraguáipe – Derechos Humanos en Paraguay 2012*, Codehupy (2012), Asunción, págs. 85-100.31 *Ibid.* Párrafos 118.

35 En el título de propiedad, la misma está a nombre de Guyra Paraguay, que menciona la intencionalidad de transferencia del inmueble a la UCINY, en el cual figura la firma de un funcionario del Indert.

36 Ver <http://www.reservasalazar.com/>

37 La estancia pertenece a la empresa El Algarrobal S.A. cuyo presidente es el Senador Jorge Oviedo Matto, sobrino del ex militar y político fallecido en 2013 Lino Oviedo.

sus tierras y recursos sumado a la dependencia impuesta por un Estado netamente asistencialista son característicos. Si bien para ejecutar muchas de las medidas necesarias, el Poder Ejecutivo precisa el concurso de otros poderes, es sobre él que recae la posibilidad de identificar dichos conflictos, plantearlos, orientar a los demás entes estatales y encaminar las acciones para revertir estas situaciones.

Parte del comportamiento normal del Estado constituye en declararse imposibilitado de accionar ante intereses particulares que parecieran ser prioritarios antes que la vida y supervivencia de grupos humanos con los que tiene una deuda histórica. Durante la audiencia ante la CIDH por la Comunidad Sawhoyamaxa, el Estado presentó un convenio de protección para justificar la no devolución de sus tierras. Aducía entonces, que el titular de las tierras pertenecía a un país, Alemania, con quien se había firmado un tratado de protección. El argumento presentado fue rechazado señalando

que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justificaba el incumplimiento de las obligaciones estatales en DDHH, reconocidas por la Constitución, la Convención Americana y otras disposiciones nacionales e internacionales; y contrariamente, su aplicación debe ser siempre compatible con lo reconocido en estos instrumentos de protección³⁸.

3.1.4 Demora en la titulación, demarcación y delimitación y la pérdida de territorio

La demora, característica del Estado para resolver los casos territoriales planteados, incluso se ve plasmada posteriormente a la restitución de tierras. Resulta, simplemente, inexplicable, que ante la restitución ya alcanzada, se demore tanto en titular las tierras a nombre de las comunidades indígenas.

La falta de regularización de tierras, sin un catastro confiable, afecta y atenta contra la seguridad jurídica que debe brindarse a las comunidades y constituyen condicionantes a las que se circunscriben muchas de las posibilidades de implementación de proyectos de desarrollo provenientes del sector público o privado.

La CIDH también señala que los Estados no pueden diseñar ni llevar a cabo planes o proyectos de desarrollo o inversión, ni otorgar concesiones de explotación de los recursos naturales, que puedan afectar a las comunidades indígenas has-

ta que sus derechos de propiedad comunal se vean plenamente identificados y garantizados a través de la titulación, delimitación y demarcación³⁹.

Las comunidades indígenas Payseyamexiempa'a, Emha Solyatektama y Yanekyaha, del pueblo Enxet, por ejemplo, hace más de 10 años que vienen aguardando la regularización de sus tierras a través de la titulación, igualando o superando, incluso, este trámite todo el procedimiento de restitución territorial llevado a cabo.

Al problema de la falta de celeridad en estos trámites se le suma mensuras no realizadas, por ejemplo, como lo representa la comunidad Pindó, del pueblo Mbya Guaraní, ubica-

38 Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párrafo 140.

39 *Ibid.* Párrafos 153, 164, 174.4.

da en el distrito de Yhu del Departamento de Caaguazú. A ella le entregaron un título de propiedad por 350 hectáreas mientras que un título anterior con el que contaban, les reconocía 577 hectáreas. No se realizó mensura, tampoco les consultaron a la comunidad y 200 hectáreas que hasta el momento le pertenecían, les eran usurpadas por las fauces de una burocracia corruptible y funcional a los requerimientos del mercado. En el caso de la comunidad Kelyenmagategma, el título fue entregado sin mensura. Aún hoy la comunidad, que aceptó reubicarse en tierras diferentes a las reclamadas, no sabe con certeza los límites de su propiedad con la de sus vecinos⁴⁰.

Esta demora excesiva en los trámites de titulación y mensura también deberían ser objeto de procedimientos especiales, de forma a alcanzar una protección jurídica efectiva. En los casos con una demora excesiva en cada una de las medidas que deben ser tomadas, se incurre en la falta de adopción de los estándares alcanzados, tanto en el sistema interamericano como en la normativa de fondo dada por la Constitución y el Convenio 169.

La demora también puede ayudar a que las tierras compradas por el INDI para comunidades indígenas puedan ser cuestionadas en su titularidad y, no siendo proclives al respeto de los derechos de los pueblos indígenas, sean vendidas cuando particulares –con influencias o dinero– las reclaman. La venta de 25.000 hectáreas de tierras aseguradas para una comunidad en el Departamento de Boquerón, región Chaco, se registró a fines de 2012 de manera sorpresiva y llevada adelante por el presidente del INDI, Ruben Quesnel. Este caso expone la situación de las tierras a nivel nacional con invasión, apropiación y titulación (11.000 hectáreas en total) que crea una superposición de títulos y propietarios que reclaman, cada uno, la validez de sus documentos y que es solucionada despojando de sus tierras a la comunidad Cuyabía del pueblo Ayoreo “hasta” se sanee el título

en beneficio de un solo particular (Quiroga 2012: 95).

Obviamente, la situación se agrava cuando la comunidad no cuenta con líderes y/o abogados que tramiten e insistan sobre sus casos. Frustradas sus posibilidades de recuperar parte de su territorio ancestral, terminan dispersándose en otra comunidad, en centros urbanos o a la vera de las rutas⁴¹.

Varias dependencias del Poder Ejecutivo entran a cumplir algún rol al encararse la restitución territorial indígena pero, como en el INDERT, son reacias a implementar medidas concretas o especiales que atiendan la particularidad de las reivindicaciones indígenas. El desorden imperante en general en estos entes, también alcanza a perjudicar estos trámites. En la Secretaría Nacional de Catastros Públicos no hay registros especiales, no cuenta con todos los títulos, aún más, se está muy lejos del planteo de un catastro indígena.

40 Para este caso, el Estado demoró menos de un año en entregar el título a la comunidad, quien se encuentra en proceso de solución amistosa con el Estado. Quizás la agilidad se deba al temor del Estado a una sanción más, dado que no existen diferencias sustanciales con otros casos similares.

41 Esto, sin embargo, intentó ser remediado por el INDI. Por Resolución 486/012 del 24 de abril de 2012, se conformó un equipo de trabajo multidisciplinario, conocido como “Grupo Tierra”, que tenía a su cargo la “ubicación, identificación, verificación de los grupos de familias o comunidades indígenas sin tierra a ser reasentados”. El equipo funcionó algunos meses hasta el golpe parlamentario, que en la práctica desmanteló el equipo y evadió sus funciones. Durante los meses que funcionó, sin embargo, logró identificar casos y proponer soluciones, demostrando poder ser una de las vías de tratamiento de la situación de muchas comunidades.

3.1.5 Dirección General de Contrataciones

La Dirección General de Contrataciones Públicas (DNCP) asimila la obligatoriedad del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones territoriales indígenas con el trámite de adquisición de tierras para Yakye Axa en el año 2011, cuando dictaminó que al ser una condena internacional y tratarse

de tierras indígenas específicamente determinadas y aceptadas por la comunidad, no podía objetar el acuerdo arribado en cumplimiento de una obligación internacional⁴².

3.1.6 Ministerio de Hacienda

Una de las obligaciones esenciales del Ejecutivo, es el del Proyecto de Ley de Presupuesto General de Gastos de la Nación. Si bien este es aprobado por el Congreso Nacional, el proyecto es armado desde el Ejecutivo. En materia de restitución territorial, entran a jugar un rol fundamental, el INDI, el Ministerio de Hacienda y la Presidencia de la República. Y, de hecho, es sobre el Ejecutivo que recae la experticia en la materia. El presupuesto refleja las priorizaciones del Estado que serán conducentes para un ejercicio respectivo. Debe superarse, por tanto, la ligereza de pretender que un Estado invoque derechos como priorizados sin que esto vaya acompañado de una adecuada planificación presupuestaria. Paradójicamente, durante los períodos que más dotación recibió el INDI para restituir tierras a comunidades indígenas, no se logró satisfacer este derecho (por corrupción durante la década del 90 y por falta de gestión y ejecución durante los últimos años). Entre otros elementos, ha de señalarse que acompañada de una adecuada previsión presupuestaria⁴³ debe existir la voluntad política de diversos entes al interior del Estado para que el derecho pueda concretarse.

mente lo planteado sin desarrollar acciones proactivas en el tema⁴⁴.

En ocasiones, incluso, “confesando” su posición al respecto, el Estado sostuvo que no podía satisfacerse el derecho territorial indígena porque las comunidades no pagaban impuestos y no podría recaudarse, luego, recursos para la compra de alimentos para estas mismas comunidades⁴⁵. Esta confesión asistencialista, discriminatoria, mercantilista, resume la posición de un Estado que aún no logró asumirse como responsable de los derechos humanos en el país.

El principio básico del derecho civil en el cual el interés es la medida de la acción, no encuentra cabida cuando estamos ante derechos que deben ser garantizados por el Estado.

El rol del Poder Ejecutivo es de alta importancia para garantizar los derechos territoriales indígenas. Sin embargo, éste no consigue incorporar dicho rol de garante de los derechos indígenas, sigue manifestando como responsabilidad de los indígenas la tramitación de los casos, observando pasiva-

El indígena no es el sujeto obligado, es el Estado, que si bien debe propiciar el derecho participación indígena, no puede pretender tener un rol pasivo en la reparación pendiente que debe a los pueblos indígenas.

42 En la búsqueda de destrabar inconvenientes interinstitucionales surgidos entre el INDI y el MOPC, institución encargada de realizar los trabajos de avalúo, bajo la administración del Abg. Oscar Ayala, se consultó a la DNCP sobre la factibilidad de obtener el avalúo de las tierras tramitadas mediando la participación de otras instituciones, a lo cual, la misma se expidió manifestando que otras instituciones especializadas podrían realizar dichos trabajos, con lo cual se obtuvo la posibilidad de contar con la participación de la Secretaría Nacional de Catastros Públicos, cuyos funcionarios realizarían dichas diligencias. Todo esto quedó desechado al acaecer el cambio de administración.

43 Es recién en los últimos años durante el gobierno de Fernando Lugo, que se inició una planificación progresiva, que como se mencionara, fue acompañado en cierta medida por el Congreso Nacional, alcanzando su punto máximo en el año 2011. En ocasión de presentarse el proyecto para el ejercicio 2010 es que el INDI es nombrado como ente priorizado por la política gubernamental.

44 Sin embargo, podemos apuntar que en el 2012, con el presupuesto ya asignado, se pudo iniciar un proceso de participación indígena de forma a analizar y priorizar los casos. Se mantuvo un encuentro con organizaciones indígenas en el mes de febrero, ocasión en la que se corroboraron, relevaron e informaron casos en estudio o para estudio del Instituto Paraguayo del Indígena, lográndose llegar a acuerdos concretos. No obstante, esto también quedó en el camino luego del golpe parlamentario y las destituciones que siguieron.

45 En la sustanciación del Caso Xákmok Kásek el Estado esgrime esta argumentación.

3.2 Poder Legislativo

En lo que a la restitución territorial indígena se refiere, en su tarea legislativa, el Congreso Nacional juega un rol fundamental tanto en la sanción de leyes regulatorias, como en las leyes de presupuesto y expropiaciones⁴⁶.

El marco normativo amplio otorgado por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser aplicado a través de un procedimiento concreto que recoja los mo-

dernos estándares de derecho alcanzados internacionalmente y lo que estos instrumentos ofrecen. Por tanto, una de las tareas del Congreso Nacional es monitorear dichos estándares de forma a realizar la adecuación legislativa precisada.

3.2.1 Ley 904/81

La Ley 904/81 “Estatuto de las Comunidades Indígenas”, es la que establece el procedimiento de reclamación de tierras indígenas. Esta ley es anterior a la Constitución de la República del Paraguay y, si bien tiene el mérito de haber surgido en un contexto donde la constitución vigente de ese entonces no reconocía a los pueblos indígenas, ha quedado

desfasada y resulta insuficiente en cuanto a los estándares de derecho que brinda la actual Constitución al no conseguir abarcar la amplitud de los derechos recogidos en el capítulo quinto de ésta.

3.2.1.1 Pueblo y comunidad

La Constitución reconoce como “pueblo” al sujeto de derecho, así como también lo hace el Convenio 169. La Ley 904 por su parte, se refiere a la “comunidad”. Esta diferencia sobre el sujeto de amparo sobre el cual se legisla determina al sujeto a quien corresponde un procedimiento concreto para el reconocimiento efectivo de sus derechos, desarrollando una normativa reglamentaria o procesal⁴⁷.

Esta identificación del sujeto de amparo tiene repercusión en la amplitud de los derechos que se le reconoce. El conjunto de lugares sobre los que un pueblo indígena desarrolla su cultura es reconocido como un territorio extenso. Las comunidades, sin embargo, expresiones más puntuales de cada pueblo, se ven limitadas a lo que cada una de ellas determina como hábitat, y que en la realidad, a los “efectos prácticos” en sus expedientes reivindicativos, se identifican con fincas determinadas y delimitadas -en las sucesivas transferencias

de dominio privado.

Si bien, mayoritariamente, las y los indígenas se encuentran organizados en comunidades y reivindican, bajo esa forma, sus derechos territoriales, esto no es absoluto. Existen varios pueblos, como los Ishir y los Ayoreo por ejemplo, que solicitan la restitución de sus territorios como pueblo, lo que significa la reivindicación de un territorio por completo.

Justamente, es aquí donde los pueblos indígenas ven restringidos sus derechos. Por un lado, el procedimiento formal y legal, otorgado por la Ley 904 no reconoce como sujeto a los pueblos indígenas. Por el otro lado, la Constitución lo reconoce. Finalmente, en la

46 El Poder Legislativo, ejercido por el Congreso Nacional, conformado por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, deciden su organización en comisiones asesoras permanentes, las cuales se encargan de dictaminar y recomendar en las sesiones plenarias de sus respectivas cámaras, el sentido del voto sobre los temas que son girados a su conocimiento. Asimismo, adquieren relevancia las comisiones bicamerales conformadas para determinados temas; constitucionalmente impuesto, en el caso del estudio y dictamen del proyecto de ley del Presupuesto General de Gastos de la Nación, propuesto por el Poder Ejecutivo.

47 Por otro lado, la Ley 904 se refiere al “conjunto de dos o más comunidades con las mismas características culturales” como “parcialidad”, término ampliamente superado para referirse a las etnias o pueblos indígenas.

práctica, esto se traduce en un vacío procedimental que es llenado según el parecer particular de los intervinientes en el proceso.

Más aún, esta dificultad se agrava al tener como sujeto a pueblos aislados dado que *“la presencia de grupos aislados que no tienen siquiera contacto con nuestra civilización, ni con sus propios hermanos contactados, significa que tienen un manejo diferencial del territorio, y el concepto de frontera no existe, ni del tiempo y espacio”*, y al imperar una situación ambigua, los y las Ayoreo contactados no saben cómo demandar⁴⁸. Muchos de los y las que han salido recientemente del aislamiento, intentan preservar su territorio tanto para ellos como para los no contactados pero la Ley 904 no contempla este sujeto, la Constitución habla de pueblo pero el convenio 169 de la OIT que podría dar respuesta a ello aún no está reglamentado.

Por otra parte, el mecanismo de reclamación de tierras otorgado por la Ley 904 no proporciona ninguna certidumbre sobre la concreción del derecho que asiste a los y las indígenas. Todos los trámites confluyen a esperar la voluntad favorable de las y los propietarios particulares que detentan la titularidad de las tierras reivindicadas. Estos

particulares, literalmente son invitados a ofertar sus tierras al Estado dejando al más absoluto arbitrio de dicha voluntad la suerte de la supervivencia física y cultural de una comunidad o pueblo indígena.

La falta de eficacia de la Ley 904 ha sido observada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizarla en ocasión de sustanciar los tres juicios de comunidades indígenas en Paraguay, los cuales, implicaron tres condenas sucesivas -de 2005, 2006 y 2010⁴⁹ - al Estado. La CIDH declaró que la concreción de derechos debe contemplarse tanto en el plano sustantivo como procesal, y que el Paraguay queda obligado a modificar su legislación.

En las dos primeras sentencias, la de Yakye Axa del año 2005 y la de Sawhoyamaxa de 2006, la CIDH estableció la obligación al Estado de adoptar, en un tiempo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo eficaz de restitución de tierras indígenas; un mecanismo que haga cierto su derecho a la propiedad colectiva tomando en cuenta su cultura. Este “plazo razonable” no fue tomado mínimamente en cuenta por el Estado paraguayo, no existiendo ningún tipo de involucramiento del Congreso Nacional en este punto reparativo (ni del Ejecutivo, ciertamente). De esta manera, cuatro años después, en la tercera sentencia, la de Xákmok Kásek, la CIDH establece claramente el plazo de dos años para dicha adecuación legislativa. Cabe destacar que dicho plazo llegó a término en septiembre de 2012, sin ningún plan de cómo cumplir este punto.

3.2.2 Ley de Contrataciones

Con el acuerdo del titular de las tierras reivindicadas por una comunidad indígena (previa determinación sobre pertinencia de éstas), se inicia el expediente de adquisición. Para ello, la Ley 2051 de contrataciones públicas juega un papel fundamental. Esta ley, sin embargo, no contempla la particularidad de una restitución territorial indígena que con-

tiene una especificidad sobre el objeto a ser “contratado”.

Esta ley de 2003, establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y fue adoptada para regular las acciones de *“planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los*

48 Entrevista a Miguel Ángel Alarcón, coordinador de la institución Iniciativa Amotocodie, realizada en mayo de 2012. Archivo Tierraviva.

49 *Sentencia sobre fondo reparaciones y costas, caso Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet vs. Paraguay, año 2005; sentencia sobre fondo reparaciones y costas, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet vs. Paraguay, año 2006; sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, año 2010*, disponibles en http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=5 (consultado el 6 de octubre de 2012).

servicios relacionados con las mismas” realizadas por el Estado paraguayo. Tiene un fuerte acento en lo que se refiere a la contratación de servicios pero no así sobre la adquisición de bienes, dado que no establece un sistema que sea funcional a la diversidad de bienes que el Estado precisa adquirir y, en lo referente a compra de tierras indígenas, no satisface los criterios acordes a la particularidad del derecho que asiste a estos pueblos.

La ley establece procedimientos según el monto de la contratación a realizarse⁵⁰. Así, el procedimiento correspondiente a la compra de tierras indígenas, por los montos que refieren, queda establecido como Licitación Pública o Licitación por Concurso de Ofertas. En ambos procedimientos, se debe llamar a oferentes a participar según su interés de realizar la contratación precisada y de la posibilidad de cumplir con los requisitos preestablecidos en el Pliego de Bases y Condiciones. Sin embargo, en materia territorial indígena este procedimiento no es adecuado. No es viable la presentación de varios oferentes para un concurso de ofertas donde se tiene que conocer la mejor de estas en base a las características específicas del bien a ser contratado o adquirido pues las tierras reivindicadas han sido determinadas específicamente por la comunidad, pero además durante el trámite administrativo se ha debido comprobar el vínculo cultural a estas tierras.

3.2.3 Ley 43/89, otro vacío legal

El procedimiento para la aplicación de lo dispuesto en la Ley 43/89 dice que *“No se admitirá innovación de hecho y de derecho en perjuicio de los asentamientos de las comunidades indígenas durante la tramitación de los expedientes administrativos y judiciales a que dieran lugar la titulación definitiva de las tierras. No se considera innovación la siembra y cosecha de frutos o productos necesarios para la subsistencia, cuando las mismas se realizan en los lugares*

El objeto reivindicado, la tierra ancestral de la comunidad, no está especificada en esta ley, sin embargo ésta habilita “casos de excepción” y cita una serie de situaciones con las cuales se podría justificar no llevar a cabo alguno de los procesos licitatorios⁵¹. Por tanto, finalmente, todos los casos indígenas se “resuelven” por vía de la excepción dada la carencia de un procedimiento especial, sin que implique la ausencia de observaciones por parte de la Contraloría General de la República o que incluso se demore innecesariamente el proceso.

La adecuación legal para la compra de tierras indígenas por parte del Estado es necesaria pero, hasta el momento, no ha sido atendida por Congreso, quien, además, tampoco ha dado ningún indicio para la implementación de una auténtica reforma en materia territorial en Paraguay.

habituales...”.

Cuando se solicitan medidas cautelares a favor de alguna comunidad indígena con el fin de precautelar tierras ancestrales ante el riesgo inminente de que las mismas puedan sufrir alteraciones en su situación jurídica o en su ecosistema, ya sea a manos de sus

50 Cfr. Artículo 16, Ley 2051. Licitación Pública: para contrataciones que superen el monto equivalente a diez mil jornales mínimos; Licitación por Concurso de Ofertas: para contrataciones cuyo monto se encuentre entre los dos mil y diez mil jornales mínimos; Contratación Directa: para aquellas contrataciones que sean inferiores al monto equivalente a dos mil jornales mínimos, con excepciones específicamente determinadas; Con Fondo Fijo: Para aquellas adquisiciones menores de acuerdo con lo establecido específicamente en la misma ley.

51 Ley N° 2.051/03 de contrataciones públicas. Artículo 33.- casos de excepción. Las Convocantes, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo los procedimientos de contratación, sin sujetarse a los de la licitación pública o a los de licitación por concurso de ofertas, en los supuestos que a continuación se señalan: b) por desastres producidos por fenómenos naturales que peligran o alteren el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país.

propietarios o de terceros, los jueces aplican, en casi la totalidad de los casos, lo dispuesto en el Código Civil en la materia. En lugar de lo dispuesto en la Ley 43, los jueces violan el principio general de *“ley especial permanece sobre la general”*. En el mejor de los casos, aplican la Ley 43, pero al momento de tener que decidir pedidos de levantamiento

y, ante la carencia de una ley procedimental de lo dispuesto, terminan dándole un tratamiento meramente civilista a la cuestión.

3.2.3.1 Derechos y principios particulares

Ante estas lagunas legales o falta de adecuación legislativa se deben considerar algunos derechos y principios particulares.

Por un lado, la consulta y participación. Cuando se comprometen los intereses de los pueblos indígenas, según lo establece el Convenio 169 de la OIT ratificado en 1993, éstos deben ser consultados y el proceso debe ser libre, previo e informado.

Por otro lado, se debe considerar el principio de progresividad que impera en materia de derechos humanos por el cual los Estados se comprometen a no retroceder en los estándares ya alcanzados. Este principio encuentra su fundamento en que los derechos humanos son inherentes a la persona y anteriores a alguna legislación. La ley, por tanto, se limita a reconocer estos derechos ya existentes y garantizar su concreción. Ante el reconocimiento, sea normativo o jurisprudencial, de un derecho inherente a la persona, mal podría, posteriormente, determinarse que no existe. En síntesis, en derechos humanos, sólo cabe ir para adelante, nunca retroceder en lo ya otorgado.

La obligatoria consulta y la también obligatoria consideración al principio de progresividad deben ser contempladas por el Congreso Nacional al momento de legislar. Habida cuenta de la ausencia de tratamiento e ignorancia en el tema, por parte del Congreso, lo muestra el Informe de la Sociedad Civil sobre el Cumplimiento del PIDESC en Paraguay en el contexto Rural (2000-2005). Este informe observaba la intención de derogar la Ley 904 de “Estatuto de comunidades indígenas” con la sanción, en el año 2005, de la Ley 2822.

Esta ley que no llegó a entrar en vigencia, desconocía el marco de autonomía que aparece en la Constitución proponiendo concepciones asimilacionistas, negando las propias formas de liderazgo y organización interna con la creación de un Consejo como autoridad indígena nacional para ser intermediaria de las comunidades y organizaciones con el Estado y monoscababa el derecho a la tierra y recursos naturales de las comunidades en cuyas tierras se encontraran yacimientos de hidrocarburos.

Esta ley, criticada por organizaciones indígenas y de derechos humanos, fue sancionada estando ya el Paraguay condenado por la CIDH a modificar su sistema de restitución territorial indígena. La sentencia, por su parte, daba los estándares que debería contemplar una reforma de este tipo pero que no fueron tomados en cuenta como así tampoco el derecho a la consulta.

La ley fue objetada parcialmente por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto 6671 de diciembre de 2005, y el Congreso Nacional no pudo revertirla, no entrando así en vigencia.

3.2.4 Ley de Presupuesto General de Gastos de la Nación

Otra tarea fundamental para la restitución territorial indígena y en la que está involucrado directamente el Poder Legislativo es la asignación de fondos suficientes mediante la Ley de Presupuesto General de Gastos de la Nación. Tanto para hacer frente a los procesos de adquisición de tierras, como en los de expropiación, se precisa de recursos suficientes para pagar o indemnizar a los titulares de tierras indígenas (contrariamente a lo previsto en otros países, en los cuales por restricción a derechos indígena de parte de particulares, por ejemplo, no se debe abonar indemnización).

Los recursos deben ser previstos cuidadosamente por el Estado paraguayo, de forma planificada y progresiva, de manera a hacer frente a esta principal demanda indígena. Demanda que, por la mora existente en su satisfacción, adquiere connotaciones cada vez más complejas con la valorización de la tierra.

Las sanciones legislativas que afectaron recursos destinados anteriormente al INDI, según la Ley 904, establece como obtención de los mismos en su artículo 57:

a) Un adicional del 7 % (siete por ciento) sobre las tasas consulares, párrafos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 40, 41, 47, 50 y 54 del Decreto-Ley N° 46/72 de Arancel Consular.

b) El 3 % (tres por ciento) sobre las primas de Seguros percibidas por las Compañías o Agencias de Seguros que operan en el país, con cargo a los asegurados. Las compañías o agencias de seguros actuarán como agentes de retención y las sumas percibidas transferirán a favor del INDI conforme al pro-

cedimiento establecido en la Ley N° 1216/67.

c) Un adicional por un monto igual a la escala impositiva de impuesto inmobiliario establecida en la Ley N° 40/68 sobre los inmuebles rurales de gran extensión.

Esto no fue remediado con medidas similares en las nuevas disposiciones que derogaron aquellas que destinaban recursos al INDI. Es así que estas previsiones fueron siendo eliminadas. La Ley 125/91 que establece el régimen tributario, expresamente deroga el artículo 57 inc. b) en su artículo 254; y en ese mismo artículo, deja expresa constancia de la derogación de toda disposición en contra de lo dispuesto en ella. Siendo que en los artículos 71 a 76 dispone los impuestos inmobiliarios sobre los inmuebles de gran extensión a sujetos distintos al INDI⁵², queda también derogado el inc. c) del artículo 57 de la Ley 904. De los varios fondos derivados de impuestos mencionados en art. 57 de la Ley N° 904/81 sólo queda como recurso efectivo del INDI el 7 % sobre las tasas consulares (Huynh 2010).

El presupuesto, por tanto, resulta insuficiente para hacer frente a la demanda territorial indígena agravado aún más por la falta total de planificación o de estudio respecto a cómo ir superando esta situación.

A modo de ejemplificar la importancia tangencial que tienen para el Estado el Poder Ejecutivo en su rol proponente de presupuesto, y el Congreso en su rol legislativo de aprobación de éste, analizaremos los recursos recibidos durante los últimos años por el INDI como ente encargado, no único, de resolver los problemas de tierras.

Históricamente, en contadas ocasiones, y gracias al impulso dado desde las organizaciones indígenas, de derechos humanos y la presión internacional –sobre todo luego de las condenas al Estado ante la CIDH–, el INDI ha recibido recursos concretos para compra de tierras. En la década del 90, en dos ocasiones, el Congreso otorgó una previsión importante de recursos para este rubro, pero por la ausencia de un adecuado monitoreo, se dilapidaron. Entre actos de

52 La reforma legislativa resulta coherente con lo dispuesto constitucionalmente sobre que los impuestos inmobiliarios deberán ser recaudados en beneficio de los municipios y gobernaciones.

corrupción y malversación, se realizaron compras de tierras sin demandantes, hubo sobrevaluación de las tierras adquiridas y algunas de éstas resultaron inexistentes, entre otras cosas. Desde entonces, el Congreso Nacional dejó de asignar fondos al INDI y tampoco este ente, o el Poder Ejecutivo, lograron revertir la situación, evidenciando así, con mayor potencia, la ausencia total de planes en materia de restitución.

Sin embargo, aunque desde el 2009 puede notarse un incremento interesante, recién en el 2011 el presupuesto del INDI muestra un crecimiento considerable y esperanzador para las comunidades indígenas.

Este aumento puede ilustrarse en el siguiente cuadro:

	Presupuesto total INDI	Rubro 450⁵³ INDI	Presupuesto total INDERT⁵⁴	Rubro 450 INDI
Año 2007 Ley 3148/2006	9.055.466.312	2.094.213.360 ⁵⁵	124.002.718.282	29.436.863.322 ⁵⁶
AÑO 2008 Ley 3409/2007	20.868.807.729	8.294.716.366 ⁵⁷	177.158.861.518	96.631.960.122 ⁵⁸
AÑO 2009 Ley 3692/2008	50.854.740.349	19.847.289.868 ⁵⁹	293.954.487.574	213.770.750.122 ⁶⁰
AÑO 2010 Ley 3694/2009	41.376.889.306	19.460.441.326 ⁶¹	183.640.814.881	128.937.272.380 ⁶²
AÑO 2011 Ley 4249/2011	131.138.208.062	114.000.000.000 ⁶³	308.803.507.599	198.688.616.808 ⁶⁴
AÑO 2012 Ley 4581/2011	115.480.452.461	94.239.852.257 ⁶⁵	492.845.401.961	318.346.715.880 ⁶⁶

53 El Rubro 450 es para la compra de tierras, terrenos y edificaciones, tanto para el INDI como para el INDERT.

54 Se comparten también datos del INDERT, en atención a que desde este instituto, en ocasiones, también se ha recurrido para compra de tierras indígenas.

55 Ley 3148/2007, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=909690a2a39ea24f615f5f665e949da394a24f90a4a39e9d9e9c9ea24fa84f90a4a390a1a0a498929ea25e989d93985d9f93959002f&x=fcfc09b&y=fafa099>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

56 Ley 3148/2007 en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=6d736d7f807b7f2c3e3c3c433b717a80717f2c6d81807b7a7b797b7f2c852c6d81806d7e7d81756f7b7f3b757a70717e803a7c70726d00c&x=e0e007f&y=14140b2>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

57 Ley 3409/2008, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=829193869496919686949590415351515950888294959094505354414e4151574f91858782021&x=eded08c&y=9898037>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

58 Ley 3409/2008, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=k9181akd1b1d181dkd1b1c17c7d9d7d7dfd6kfk91b1c171bd6d9dac7d4c7d7dad518kckek90a7&x=6f6f00e&y=e1e1080>, consultada el 23 de septiembre.

59 Ley 3692/2009, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=b4c3c5b8c6c8c3c8b8c6c7c2738583838c82b7bcc6c3c2c6bcb6cc2c1b8c6738583838c82bab4c6c7c2c682ba858680838981c3b7b9b4053&x=k8k80a6&y=9f9f03e>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

60 Ley 3692/2009, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=c4d3d5c8d6d8d3d8c8d6d7d2839593939c92c6d6d3d2d6ccc6cc2d1c8d6839593939c92cac4d6d7d2d692ca959690939691d3c7c9c4063&x=k6k60a4&y=f8f8097>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

61 Ley 3964/2010, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=ecfbfd0fek1fbk1f0feffaabdbbcbcbak1ffabk5abefba bdbeabbbcb1b9fbef1ec08b&x=20200be&y=1d1d0bb>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

62 Ley 3964/2010, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=e9f8faedf8fd8fdedfbcf7a8bab8b9b8b7fdca8k2a8ec b7abba8b8bb6f8ecee9088&x=afaf04e&y=f9f9098>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

63 Ministerio de Hacienda: <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/index.php?c=180>, consultado el 23 de septiembre de 2012.

64 *Ibid.*

65 Ley 4581/2012, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=1726281b292b262b1b292a25d5e7e5e6e7e41a1f292625291f191f25241b29d5221b1d17221b29e417241b2e2529d5221b2fd5261d24d5e7e5e6e7e4e7e8e2ebe3261a1c170b5&x=cccc06b&y=12120b0>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

66 Ley 4581/2012, en Ministerio de Hacienda, <http://www.hacienda.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=1726281b292b262b1b292a25d5e7e5e6e7e41a1f292625291f191f25241b29d5221b1d17221b29e417241b2e2529d5221b2fd5261d24d5e7e5e6e7e4e7e8e2ebe3261a1c170b5&x=cccc06b&y=12120b0>, consultada el 23 de septiembre de 2012.

Como podemos observar, ha habido un incremento interesante desde el año 2007 hasta el 2011 en el rubro 450 destinado a compra de tierras, disminuyendo drásticamente el último año.

En el año 2007, del total para el rubro de compra de tierras, al INDI se le asigna un 7,11% del total para luego aumentar casi el 1% los dos años subsiguientes (8,58% y 9,28% para 2008 y 2009 respectivamente). Ya para el año 2010 el incremento alcanza el 15,09% del total del rubro 450, y en el 2011 llega a superar la mitad del mismo con un 57,38% para luego disminuir un 27,7% (o sea, 29,60% del total) el último año⁶⁷.

Hay que destacar que este incremento no ha sido posible sin las acciones de exigibilidad

continuas realizadas por las organizaciones indígenas con colaboración de las de derechos humanos a nivel local e internacional, por un lado. Por otro lado, debe decirse que una buena gestión, lo que implica hacer efectiva la compra de tierras presupuestadas, también influye en los recursos que le serán asignados al año próximo. Malas gestiones, donde no se ejecutan los recursos solicitados para la compra de tierra comprometen fuertemente la restitución para varias comunidades que aguardan, dentro de condiciones de vida muy precarias, sea cumplido uno de sus derechos más fundamentales.

Sin despreciar estos incrementos importantes para la resolución de algunos casos de tierras, resulta reveladora la prioridad dada por el Estado a los derechos indígenas si se toma como ejemplo nada más que los gastos del Estado para el 2012. Mientras que éstos ascienden a más de 46 billones de guaraníes, lo destinado de aquí para el sector indígena sólo representa un 0,1% (Morínigo, 2012).

3.2.5 Leyes de expropiación

Como se señalaba en la introducción del capítulo, cuando el que detenta el título de propiedad niega la venta de las tierras al Estado, se recurre a esta ley. El Estado para restituir este tipo de tierras recurre al Congreso para “obligar”, vía esta ley, a que el particular venda sus tierras a precio de mercado. Es importante aclarar que la expropiación no significaría, de ninguna manera, la confiscación o estatización de esas tierras, la lógica sigue estando dentro de la concepción misma del Estado-nación cuyo principio, en parte, recae en la propiedad privada.

El Congreso, históricamente, no ha podido superar su desconocimiento en materia indígena y, coherentes con el exacerbado discurso de protección a la propiedad privada, han negado, repetidas veces, el derecho

colectivo de las comunidades sobre sus territorios ancestrales para la obtención de parte de éstos de la titularidad y dominio.

La Ley 1863/02 “Estatuto Agrario” vigente, al igual que la Ley 904 en su artículo 26, reconocen la figura de la expropiación como el procedimiento habilitado para la recuperación de tierras ancestrales⁶⁸. Para estos casos la Constitución Nacional establece que las mismas solo pueden ser declaradas por el Congreso por medio de una ley para cada caso, con la obligación por parte del Estado a realizar un pago en concepto de indemnización. Por otro lado, el Estatuto Agrario establece, en su artículo 4, que para estar ante un inmueble explotado racionalmente el 30% de su superficie debe estar siendo utilizado (Superficie Agrológicamente Útil); y realizar mejoras productivas e inversiones (descontando del porcentaje los suelos marginales, las reservas forestales obligatorias, las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado, las áreas de aprovechamiento y conservación de

67 Este año recibe un monto inferior dadas las lentas gestiones para la compra de tierra (donde por primera vez los casos ante la Corte IDH habían tenido prioridad) que confluyeron en una pobre ejecución presupuestaria del año anterior, 2011. Sin embargo, el nuevo presidente del INDI en gestiones con otros entes del Estado, logró comprometer lo no ejecutado -para no ser devuelto- de manera de intentar hacer efectivo el compromiso asumido. Empero, el presupuesto fue menor para el año 2012.

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

bosques naturales y áreas de uso similar conforme a planes de manejo y estudios de impacto ambiental aprobados por la autoridad administrativa⁶⁹).

Sin embargo, este criterio es, incluso, innecesario al plantearse su oposición a una expropiación de tierras indígenas tomando en cuenta las consideraciones dadas por el marco normativo. De hecho, la misma Ley 1863, recoge en su artículo 115 que “en lo referente a los derechos de los Pueblos Indígenas se estará a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT ‘Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes’...”.

Asimismo, la misma Constitución establece límites a la propiedad privada atendiendo a su función económica y social y admitiéndose su expropiación por causa de utilidad pública o de interés social⁷⁰.

Existe, por tanto límites a la propiedad privada, constitucionalmente impuestos. En cambio, refiriéndose a la propiedad comunitaria indígena, la Constitución no sólo desconoce algún límite sino que en su artículo 64 condiciona la remoción o traslado de grupos indígenas bajo expreso consentimiento de los mismos⁷¹. Al ser los pueblos indígenas anteriores a la existencia del propio Estado, sus derechos sobre sus territorios también resultan anteriores a las sucesivas transferencias de dominio privado, por lo que, no habiéndose obtenido su consentimiento, los actos deben revertirse aplicando la limitación otorgada por la propia Constitución a la propiedad privada.

3.2.6 Comportamiento de parlamentarios frente a las expropiaciones

En la práctica, sin embargo, los parlamentarios no se rigen primando los derechos de los pueblos indígenas, ni por la Constitución, según lo anteriormente señalado. Para ilustrar mejor el comportamiento del Poder Legislativo, se enumeraran algunos proyectos de expropiación rechazados contra pueblos chaqueños.

En el año 2000, la Cámara de Senadores rechaza tres proyectos de ley de expropiación que hubiesen beneficiado a las comunidades Sawhoyamaxa del pueblo Enxet, Xákmok Kásek del pueblo Sanapaná y al pueblo Ayoreo Totobiegosode. Por su parte, y en el mismo año, la Cámara de Diputados también rechazó otro proyecto de ley de expropiación que hubiese beneficiado a la comunidad indígena Yakye Axa del pueblo Enxet. Dos años más tarde, nuevamente rechazó un proyecto de ley de expropiación que hubiese beneficiado a Sawhoyamaxa. Las comunidades Yakye Axa, Sawho-

yamaxa y Xákmok Kásek recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamando este derecho a la propiedad comunitaria y, consecuentemente, han obtenido resolución favorable ante este tribunal supranacional que encontró que la negativa dada a estas comunidades constituyen violaciones de derechos humanos pasando Paraguay a constituirse en el país con más casos de violaciones de derechos territoriales indígenas probados ante la CIDH.

En el 2006, se expropiaron 1875 hectáreas a favor de la comunidad indígena Ebetogue del pueblo Ayoreo, en trámite iniciado en la Cámara de Diputados.

69 Artículos 5 y 7 de la Ley 1863/02.

70 Artículo 109, Constitución Nacional de la República del Paraguay.

71 Esta disposición resulta coherente con lo establecido en el Convenio 169 en su artículo 16 y en la misma Ley 904, donde sólo con consentimiento puede verificarse alguna remoción salvo casos de seguridad nacional (artículo 14).

En el 2009, con dictamen negativo de las comisiones de Derechos Humanos; de Energía, Recursos Naturales, Población, Ambiente, Producción y Desarrollo Sostenible; de Hacienda, Presupuesto y Cuentas; y de Reforma Agraria, es rechazado el pedido del Ejecutivo de expropiar las tierras de Yakye Axa, en abierta violación a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 2005. Cabe resaltar este caso, debido a que para su rechazo la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, Ana María Mendoza de Acha, utilizó los mismos argumentos que fueran rechazados por la sentencia de la CIDH como la explotación de las tierras, la titularidad de las mismas por un particular, la existencia de otras comunidades indígenas en la zona y la discriminativa concepción que por tener abogados de una oenegé, es ésta quien tiene interés en las tierras y no la misma comunidad que desde hace años está luchando por la concreción de sus derechos. En noviembre de 2011, en ocasión de una audiencia de supervisión de sentencia, esta acción, sumada a otras medidas insuficientes para el cumplimiento de la sentencia, le valió a Paraguay el mote de “Prófugo de la Justicia”, expresión en la que se refirió uno de los jueces de la CIDH al comparar la situación de Paraguay y su incumplimiento con las medidas que internamente podrían tomarse ante incumplimientos de resoluciones de tribunales nacionales.

En 2011, la Cámara de Diputados expropia 122 has., para la comunidad indígena Mandui’y del distrito de Pirapó, Itapúa, luego de un trámite parlamentario de tres años. En ese mismo año, el Senado rechaza un proyecto, remitido por el Ejecutivo, de expropiación de 500 hectáreas en Caaguazú, que beneficiaría a la comunidad indígena Joyvy del pueblo Mbya Guaraní.

En cuanto a desafectaciones, en el 2004, el Congreso aprobó la resolución de restitución que benefició a la comunidad indígena Enxet Emha Solyatektama y en el mismo año, la resolución de restitución en el Chaco de la comunidad indígena Pozo Amarillo. Sin embargo, un pedido de ampliación de esta comunidad, realizado en el 2008, aún permanece pendiente de estudio por la Cámara de Diputados, con dictámenes negativos de las comisiones a las cuales fue girado el proyecto.

En 2011, se desafectaron 4629 hectáreas, en Curuguaty, de la Secretaría del Ambiente, a favor de la comunidad indígena Kuetuvy Ko’eti del pueblo Aché, a escasos meses de su presentación.

En mayo de 2012, ingresó un proyecto que beneficiará a una comunidad indígena Maskoy en Puerto Casado, Chaco, con 1288 hectáreas. El proyecto fue girado a las comisiones de Asuntos Municipales y Departamentales, y a la Comisión de Pueblos Indígenas de la Cámara de Diputados, permaneciendo aún sin dictámenes.

Claramente, son las desafectaciones las que tienen chance de contar con resolución favorable en el Congreso; siendo su comportamiento negativo de difícil reversión en cuanto a expropiaciones, frustrando las expectativas de las comunidades indígenas. Por ello, la expropiación es un mecanismo que las mismas comunidades rehúyen de recurrir, por la esterilidad que representa y la nula confianza que depositan en eso; a más del desgaste y humillación que representa para las mismas ver constantemente negado su derecho. Lo trágico del tema es que ante los rechazos, el Congreso Nacional se desentiende absolutamente de coadyuvar a encontrar alguna solución aún cuando nunca es controvertido el derecho. A sabiendas de la legitimidad, niega el derecho y en la mayoría de las ocasiones, hasta ahí entiendo su participación.

La Corte Interamericana, en ocasión de entender los casos paraguayos, analizó este comportamiento señalando que el hecho que las tierras pertenezcan a terceros particulares y estén racionalmente explotadas no puede ser justificativo válido al momento de analizar las tierras indígenas. Inexplicablemente, el Estado ha sostenido los mismos argumentos las tres veces que fue enjuiciado por la Corte Interamericana,

esperando inútilmente que esta cambie su jurisprudencia. Estos argumentos para la Corte son simplemente insuficientes al no contemplar el significado cultural que las tierras representan para los indígenas y lo ligado que se encuentran a éstas para su misma supervivencia. Además, manifestó que limitar de esta forma el derecho indígena constituye una violación al deber estatal de no discriminar, por lo que también fue condenado por esta violación en el año 2010. La CIDH incluso entrega al Estado los criterios y los pasos que debe dar para revertir esta situación de interminable violación de los derechos de propiedad comunitaria indígena.

Finalmente, al desconocer su responsabilidad en materia de restitución territorial, evade y contraría los compromisos asumidos ante la comunidad internacional. Quizás la frase del senador Miguel Abdón Saguier, expresada en ocasión en la que el Congreso sancionó la Ley 2822, resume el sentimiento común que emana del Congreso:

“Voy a referirme al proyecto de Ley exclusivamente desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista técnico, lo cual no va a significar que yo desconozca la situación humana por la que están pasando nuestros compatriotas indíge-

*nas acampados en la plaza y que finalmente, nosotros no tenemos ninguna responsabilidad, es más bien responsabilidad del gobierno que no le da solución o no existe una política indigenista que no le dé solución”*⁷².

El Congreso Nacional forma parte del Estado paraguayo y su intervención en el tema es esencial para revertir la situación real sobre la cual ligeramente asume no tener ninguna responsabilidad.

3.3 Poder Judicial

Como se había mencionado, la responsabilidad predominante del Ejecutivo en materia de tierras indígenas está en garantizar el acceso a las mismas, en tanto que la responsabilidad del Poder Judicial está relacionada a su defensa.

El Poder Judicial se ejerce a través de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y juzgados, civiles y penales distribuidos en todas las circunscripciones del país. También queda bajo su responsabilidad los registros públicos y el involucramiento en acciones puntuales que puedan tener por objeto tierras indígenas.

Como coadyuvantes en la administración de justicia atribuida al Poder Judicial, se encuentra el Ministerio Público, que tiene la responsabilidad constitucional, entre otras, de *“promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos,*

así como los derechos de los pueblos indígenas” (artículo 268).

Una de las acciones judiciales promovidas con mayor frecuencia, tanto por abogados del INDI como por representantes legales o convencionales de las comunidades son las medidas cautelares. Las mismas tienen por objeto el proteger un derecho de forma a que se mantenga una determinada situación hasta tanto se resuelva el tema de fondo planteado ante a alguna autoridad competente y cuya resolución, eventualmente, puede afectar el objeto cautelado. En resumen, a estas medidas recurren las comunidades indígenas para precautelar sus tierras entre tanto se resuelve el trámite de restitución.

⁷² Diario de sesiones del 3 de noviembre de 2005. Honorable Cámara de Senadores, disponible en <http://www.senado.gov.py/sesion-ordinaria-de-fecha-3-de-noviembre-de-2005-w595.html>, consultado el 6 de octubre de 2012.

3.3.1 Medidas cautelares

En materia de tierras indígenas es la Ley 43 la “que establece un régimen para la regulación de los asentamientos de las comunidades indígenas” y la no admisión de innovaciones de hecho y de derecho en perjuicio de tierras reivindicadas como ancestrales por comunidades indígenas⁷³. Esta ley viene a modificar, un año después, las disposiciones de la Ley N° 1.372/88 pero en la práctica puede aplicarse tanto una como otra ley.

El problema principal de aplicación es la falta de un procedimiento que las establezca, debiendo recurrir los solicitantes al establecido en el Código Procesal Civil, que responde a medidas cautelares de procesos civiles cuya naturaleza es distinta al objeto protegido en la Ley 43. Esta combinación de fondo (Ley 43) y de forma (Código Procesal Civil) deviene en una suerte de incertidumbre jurídica que es resuelta según la libre discrecionalidad y el mejor parecer de los juzgados ante los cuales se plantea.

La concepción de las medidas contempladas en las disposiciones de ambas leyes son interpretadas por la mayoría de los juzgados como de carácter accesorio al proceso principal en cuyo marco se las plantea, vinculándolos únicamente a la suerte formal de dicho proceso y no a la situación de fondo discutida. El proceder constata que lo único que pareciera deber ser precautelado es la eficacia del proceso y no la situación discutida en el mismo. Lo anterior, aún cuando la Corte Suprema de Justicia en 1997 ya adelantó un marco de derecho en un fallo (conocido como “Voto Paciello”), que se dio en el marco del proceso “Comunidad Indí-

gena Potrero Guaraní s/medida cautelar”⁷⁴ y que hasta hoy constituye, en la materia, el estándar más alto en materia de jurisprudencia interna.

En este caso la comunidad indígena Potrero Guaraní llevó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia la resolución sobre la suerte de medidas cautelares que protegían sus tierras y que tanto en primera como en segunda instancia habían sido levantadas, quedando las mismas, por tanto, en desamparo jurídico. La concesión de medidas se había otorgado por estar el trámite de restitución abierto ante entes administrativos; el levantamiento de las mismas se dio porque un proyecto de expropiación presentado por estos entes administrativos había sido retirado del Congreso y el expediente archivado.

En dicha ocasión la Sala de Acuerdos Constitucionales, integrada por los doctores Luis Lezcano Claude, Raúl Sapena Brugada y Oscar Paciello Candia, habían entendido el tema planteado. Este último ministro, como preopinante, señaló que el hecho principal era que una comunidad indígena solicitó el amparo en una posesión que fue comprobada y que esa situación no había sufrido variación alguna; que además siendo las comunidades indígenas reconocidas constitucionalmente como anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo, este Estado carecía de legitimidad de disponer de lo que no es suyo, en este caso el hábitat indígena. Concluye que resulta incongruente que las previsiones constitucionales queden al arbitrio de la suerte registrada por actuaciones administrativas. Por tanto, resolvió por el mantenimiento de las medidas. En el mismo sentido votaron los dos otros ministros intervinientes.

Este fallo, que otorgaba un marco garante de derecho de las comunidades, sin embargo, no fue emulado posteriormente. Es así, que en otros casos, sin contemplación alguna con la situación de la comunidad indígena, se decide levantar las medidas. Entre otros casos, se puede señalar lo dispuesto en el 2004, en ocasión de dictar resolución en un caso que

73 Art. 2°: “No se admitirá innovación de hecho y de derecho en perjuicio de los asentamientos de las comunidades indígenas durante la tramitación de los expedientes administrativos y judiciales a que dieron lugar la titulación definitiva de las tierras. . .”

74 “Comunidad Indígena Potrero Guaraní s/ medida cautelar”, Acuerdo y Sentencia N° 30 de 14 de febrero de 1997.

entendía la situación de indígenas del pueblo Ayoreo⁷⁵. En dicho caso, la Corte Suprema identificó dos criterios a tener en cuenta para el mantenimiento de medidas cautelares: existencia de un asentamiento y tramitación de expedientes. Habiendo, incluso, ponderado la existencia del asentamiento, pero no de la tramitación de expedientes, deciden levantar las medidas cautelares, pasando por alto la situación del pueblo indígena. En este fallo, por tanto, la Corte Suprema desconoce los elementos constitucionales e incluso recogidos en la jurisprudencia, a través del “Voto Paciello”, de que el hecho principal es la posesión indígena y su existencia anterior al Estado. Otorgan, por tanto, al trámite un carácter meramente accesorio y sin dar ningún tipo de resguardo a los indígenas. Incluso, fundamentan su resolución en doctrinas referentes a las medidas cautelares de procedimientos civiles ordinarios, desconociendo el amparo que debe mediar para casos indígenas. Otro ejemplo representa la comunidad indígena Kelyenmagategma. Aquí se llegó a aplicar el Código Civil puramente, excluyendo las provisiones especiales de la Ley 43 y se decretó la protección con medidas de no innovar sobre 15 hectáreas de las 15.000 solicitadas, por el término de 15 días. Con honrosas excepciones, la práctica judicial tiende a la aplicación de los criterios planteados en este párrafo.

A pesar de los casos concedidos y con medidas mantenidas procesalmente, los titulares de tierras afectadas incumplen alevosamente las determinaciones judiciales y realizan todo tipo de trabajo en las tierras porque además se carece de cualquier tipo de elemento disuasivo o coercitivo para exigir su cumplimiento. Esta situación que afecta las tierras dañando el hábitat de la comunidad, eventualmente va frustrando su reivindicación. No sólo violan estas medidas sino que los mismos titulares de las propiedades con medidas cautelares de por medio, argumentan mejoras realizadas para negociar precios más altos por sus tierras ante el Estado.

Por otra parte, resultan escasos los casos por los cuales los jueces realicen el control de convencionalidad, por el cual deben desarrollar su accionar tomando en consideración el derecho internacional en materia de derechos humanos. Incluso, el artículo 29 de la Convención Americana de De-

rechos Humanos establece normas de interpretación que prohíbe a los Estados el limitar los derechos y libertades en mayor medida que la prevista en dicho cuerpo normativo.

A decir del catedrático Víctor Bazán,

“tal mandato de interpretación a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades, [y que] tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar 6 efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad”.

Los jueces, en Paraguay, han hecho caso omiso de esta obligación, salvo algunas iniciativas en curso que resultan auspiciosas para la apertura de este mecanismo que puede posibilitar una aplicación garante de derechos fundamentales. Es así que la Corte Suprema está facultada y obligada a enten-

75 “Instituto Paraguayo del Indígena s/ medida cautelar”, Acuerdo y Sentencia N° 1385.

der los casos de resolución de tierras de comunidades indígenas, debiendo arbitrar los medios para hacer efectivos estos derechos, por lo cual podría pasar a tener un rol activo en el acceso a las mismas, no sólo en la defensa.

Sin embargo, resulta vergonzoso el accionar de varios jueces violando los derechos indígenas y la Constitución del Paraguay, al intervenir en procesos viciados de nulidad absoluta que tienen que ver con la comercialización de tierras indígenas. Si bien la Constitución es clara al establecer que las tierras indígenas están fuera de comercio, no pudiendo ser enajenadas, arrendadas, etc. el estado de necesidad de muchas comunidades indígenas, las obliga a arrendarlas. Empresarios inescrupulosos usando y abusando de su poderío económico y de las condiciones de vida de los indígenas, los instan al arribo de acuerdos comerciales que, de por sí nulos, se encuentran lejos de contemplar condiciones equitativas de interrelación. Estos acuerdos, en algunos casos, buscan incluso la homologación de jueces, quienes, sin ninguna previsión hacia los derechos indígenas, acceden a ello. Esto también desemboca en la corrupción de algunos dirigentes y conflictos internos importantes en las comunidades. Tal es el caso de las comunidades indígenas de Itakyry, donde este problema alcanzó dimensiones de gran envergadura con la complicidad de jueces que

deberían haber protegido los derechos indígenas.

Por otra parte, una de las dependencias administrativas de la Corte Suprema de Justicia, a la que también compete intervención en materia territorial indígena, es la Dirección General de Registros Públicos, cuyo propósito es *“mejorar la administración de la tierra en el país, contribuyendo a elevar la seguridad jurídica de los títulos de propiedad inmobiliaria y mejorando la formación catastral del país”*⁷⁶.

Sin embargo, la Dirección no contempla ningún requisito a las transacciones inmobiliarias que puedan dar cuenta de la presencia de indígenas asentados en las tierras en cuestión. Esto resultaría fundamental para evitar sucesivas adquisiciones de buena fe que terminan frustrando las reivindicaciones indígenas y produciendo innecesarios trámites judiciales.

⁷⁶ Dirección General de Registros Públicos: <http://www.pj.gov.py/contenido/154-direccion-general-de-los-registros-publicos/154>

3.3.2 Ministerio Público

Por otra parte, queda por mencionar que el rol del Ministerio Público, órgano coadyuvante de la administración de justicia, cuyo mandato constitucional resulta la protección de derechos indígenas, se encuentra muy lejos de ser cumplido a cabalidad, si bien cuentan con una Dirección de Derechos Étnicos, dependencia de carácter técnico consultor, a la cual las Unidades Fiscales intervinientes en casos donde una de las partes o ambas sean indígenas. En la práctica, las intervenciones de esta dirección son de suma importancia ya que hecha luz sobre aspectos culturales que muchas veces no son conocidos por los fiscales intervinientes, lo cual, en su gran mayoría, favorece las causas indígenas. En este punto es bueno resaltar la falta de reconocimiento a la función de esta dirección por parte de la Fiscalía General que no dispone de la cantidad suficiente de funcionarios y funcionarias para afrontar la gran cantidad de causas en las cuales es requerida su intervención. Ésta cuenta sólo con un encargado para cada región del país. En contraposición, diariamente se acrecientan las denuncias de acciones de atropello en tierras indígenas. En algunos casos, como acontecidos contra el pueblo Ayoreo, desconociendo la condición de titulares de las tierras y pretendiendo imponer títulos posteriores de particulares. En otros casos, como en la comunidad Kelyenmagategma, en donde fungieron de articuladores y cómplices de atropellos con el fin de desalojarla, sin que medie orden judicial alguna, según las denuncias presentadas.

La inacción de los fiscales ha causado innumerables perjuicios afectando recursos naturales que hacen a la forma de subsistencia y sus pautas culturales como en el caso de las comunidades indígenas de Yvy Katu, Narandy, Barranco Apy, Y'apy Barranco, Yvypavê Cañada, Ka'aguyju Candado, Yvy Pyahu, Yvy Poñy, Yvy Poty, Ka'aguy Potyrâ y Kavaju Paso. Todas están en posesión de unas 8.000has de tierras desde hace 50 años dentro del distrito de Yhú, departamento de Canindeyú. En algunos de los casos son tierras tituladas

a nombre de la comunidad, en otros su titularidad no es clara. Pero a pesar de ser ininterrumpida dicha posesión, en noviembre de 2011 sufrieron la invasión de campesinos. Es de considerar que este es uno de los departamentos que tanto el estudio de la DGEEC, anteriormente mencionado en la introducción, como los medios de comunicación y las organizaciones sociales han venido remarcando por la escalada de conflictos relacionados a la tierra. En este caso, transcurrieron 5 meses para que la fiscalía tomara medidas en salvaguarda del derecho comunitario. Durante ese tiempo, los daños a los recursos naturales de las comunidades fueron irreversibles provocando además conflictos al interior de éstas. La situación podría haberse evitado si las medidas se hubieran tomado en tiempo y forma⁷⁷.

⁷⁷ A la fecha, las fincas que componen este territorio tradicional indígena cuentan con una medida de no innovar de hecho y de derecho, y un juicio de interdicto de retener la posesión, ya que un tercero se presentó con un título de propiedad sobre tierras indígenas aseguradas. Además se promovió un juicio por nulidad de título.

4. Conclusiones

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 futuras⁷⁸. La Constitución, la Ley 904 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen la especial atención que debe tener la concreción del derecho a la tierra a las comunidades indígenas, dado que mediante éste pueden satisfacerse otros derechos esenciales. El rol del Estado, entonces, es el de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, como se ha observado en el comportamiento de sus tres poderes, pareciera que su tarea ha consistido en obstaculizar su concreción.

A lo largo de este estudio, se ha explicado el comportamiento de los tres poderes para aproximarse a la situación de los derechos a las tierras de los pueblos indígenas, observando así las dificultades, obstáculos y contradicciones existentes para el acceso de las comunidades indígenas a sus tierras como la posesión de las mismas. Como se ha señalado, Paraguay posee un marco jurídico favorable para la concreción de este derecho pero es analizando el comportamiento de los tres poderes del Estado que se puede observar los obstáculos estructurales y las prácticas que impiden su concreción. Es importante señalar, además, que este análisis no puede dejar de lado el modelo económico que han impulsado los distintos gobiernos como tampoco los actores que intervienen para entender donde se realizan esas prácticas y en qué contexto actúa el Estado; para ello, se presentaron al principio algunos elementos.

Asimismo, aunque no haya sido parte de esta investigación, de manera profunda, en el relevamiento de datos con organizaciones indígenas, comunidades y otras oenegés, pudimos aproximarnos a las diferentes situaciones relacionadas a otros actores y contextos que dan cuenta del acceso y goce del derecho a la tierra. Estas situaciones han mostrado que la falta de presencia del Estado y la protección a esta población vulnerable viola sus derechos.

En este sentido, el avance de los agronegocios en la región oriental bajo la ausencia del Estado introduce conflictos incluso con campesinos que muchas veces ante la falta de tierras ocupan las indígenas. Por otra parte, esta falta de protección sobre sus territorios o de leyes que permitan el uso de los mismos para la continuidad de sus prácticas culturales como de subsistencia, empujan a las comunidades, sin más alternativas, a migrar o arrendar sus tierras perdiendo lentamente sus recursos naturales y, en algunos casos, hasta de sus propiedades. El control del narcotráfico en las zonas de frontera, con un Estado que hace caso omiso a las denuncias, asesinatos y tráfico de personas, influye directamente sobre el derecho a las tierras y vida de las comunidades indígenas que viven aterrorizadas y sin poder autónomo sobre ellas mismas.

En la Región Occidental o Chaco, la situación tampoco es alentadora. El poder de presión que tienen los ganaderos y ejercen a través de su gremio, principalmente la Asociación Rural del Paraguay (ARP), influye sobre las decisiones del Congreso como ejemplificamos a través del comportamiento del Poder Legislativo. A los reclamos indígenas por la restitución de parte de sus territorios, los titulares de las mismas han respondido con diversas estrategias como la creación de áreas silvestres protegidas, la fragmentación de una propiedad en varios títulos y propietarios (haciendo más burocrático y lento el reclamo), y el amedrentamiento de comunidades que tuvieron que salir temporal o permanentemente de sus tierras reclamadas (como el caso de la comunidad Kelyenma-

⁷⁸ Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Párrafo 124.

gategma y Xákmok Kásek); todo ello se llevó a cabo con participación directa del Estado, como se describió anteriormente en el análisis. En este sentido, las lagunas legales, la falta de adecuación a los estándares de derechos como de reglamentación sobre las leyes señaladas y analizadas anteriormente, constituyen el primer obstáculo para la materialización de los derechos indígenas; el segundo, es la comprensión y aplicación de los mismos. En el Chaco, la situación general que se presenta es la gran deforestación que hace peligrar la vida de los silvícolas en aislamiento y la subsistencia del resto de las comunidades que aún siguen siendo cazadoras y recolectoras. En este caso, al igual que en la Región Oriental, ante la posibilidad cada vez más acotada de continuar con sus prácticas tradicionales y de una política pública que promueva un desarrollo acorde a su cultura, las comunidades arriendan sus tierras perdiendo autonomía y control sobre las mismas.

Cuando se describió el comportamiento del Ejecutivo se señaló la falta de catastro y datos sobre tierras indígenas (aseguradas a nombre de una comunidad bajo titularidad del INDI, principalmente, con título propio, o las reclamadas) que junto con otros datos como cantidad de familias pueden mostrar el grado de satisfacción de este derecho por parte del Estado. Sin embargo, también hay que tener en cuenta la superposición de títulos y las tierras mal habidas que obstaculizan e impiden la restitución y titulación de tierras a las comunidades. La deficiente información, recursos humanos idóneos y dotación de mayor presupuesto dentro del ente encargado, el INDI, constituyen un grave problema con consecuencias directas que se observa en la incapacidad de plantear políticas públicas que den respuesta a las distintas situaciones de las comunidades

indígenas a lo largo y ancho del país. Por otra parte, la falta de comprensión de la función que le corresponde al INDI por parte de otras dependencias del Ejecutivo produce un desborde de responsabilidades que no pueden ser absorbidas ocasionando una atención deficiente a la población indígena en cuanto a la satisfacción de sus derechos a la salud, educación, entre otros. En este sentido, el INDERT, por donde deben pasar los reclamos de tierras, termina desligando su responsabilidad al INDI cuando las tierras reclamadas por comunidades son de dominio privado. Sumado a ello, se da la desnaturalización del INDI como espacio de representación y participación de los pueblos indígenas.

En el capítulo sobre el comportamiento de Poder Legislativo se analizaron varias leyes mostrando la falta de adecuación a los estándares de derechos vigentes en la Constitución y las lagunas legales que deberían ser superadas para garantizar el acceso y posesión de sus tierras a las comunidades indígenas. Por otra parte, los avances en lo administrativo descritos, que fueron en algunos casos importantes, no se han traducido en una reglamentación para excluir cualquier controversia o retroceso.

El comportamiento del legislativo, en casos decisivos tanto para dotar de mayor presupuesto al INDI como en los de expropiación, en la mayoría de ellos, se ha circunscripto a intereses particulares o de determinados sectores con fuerte poder de presión en este Poder. A pesar de no existir una representación directa de los pueblos indígenas dentro del Congreso en un Estado que se declara constitucionalmente multicultural y reconoce su preexistencia, la falta de adopción de los estándares de derechos humanos vigentes se convierte en uno de los mayores obstáculos para el acceso y posesión de sus tierras y territorios ancestrales.

Muchos de los elementos analizados, de los argumentos rebatidos y las sugerencias realizadas por instituciones de la sociedad civil, organizaciones indígenas y, finalmente, la CIDH, no han sido tomados en cuenta por el Poder Legislativo. Aún no existe una reglamentación del Convenio 169 de la OIT para una participación e inclusión de los pueblos indígenas desde sus distintas expresiones; o una reglamentación específica para la adquisición de tierras indígenas que haría menos burocrático y largo el proceso; así tampoco

hay una adecuación de la Ley 904 a los estándares de derechos vigentes que satisfaga el acceso a sus tierras como a sus territorios a ser restituidos, sin que la condición para el acceso esté dada únicamente por la dotación de presupuesto para la adquisición y la buena voluntad del titular de la propiedad a vender; y por último, tampoco se ha creado una reglamentación para la implementación de la Ley 43 en casos indígenas, que proteja las tierras reclamadas durante el proceso.

Por último, se ha analizado, en el comportamiento del Poder Judicial en la aplicación ambigua de las medidas cautelares observado, las consecuencias que ocasionan la desprotección de las tierras indígenas con daños irreparables en los recursos naturales disponibles y sin punición para los propietarios que no tienen problemas en incumplirlas. Otra parte importante es la acción del Ministerio Público que ha procedido violando los derechos de las comunidades por lentitud u acción directa en muchos casos.

Finalmente, este análisis que se centra en el comportamiento del Estado pretende llegar a una mayor aproximación sobre la situación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Paraguay brindando elementos que contribuyan a la superación de los obstáculos, dificultades e impedimentos para la concreción de este derecho.

Bibliografía

- Ayala Amarilla, Óscar, “Apuntes sobre política y etnicidad en el Paraguay”. En: Palau, M. y Ortiz, A. (2005) *Movimientos sociales y expresión política*. 2005. Base Investigaciones sociales, CEPAG y SPP, Asunción.
- Ayala Amarilla, Óscar, “Relatoría temática del Derecho de los Pueblos Indígenas” en: PIDESc, *Informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento del PIDESc en Paraguay en el contexto rural (2000-2005)*. 2006. Diakonia, EDD, ICCO. Asunción.
- Bareiro, Víctor, *Los Movimientos campesinos y las Ligas Agrarias en el Paraguay. 1991*. Litocolor, Asunción.
- Brunstein, José, *Consideraciones sobre la tenencia de tierra en el Chaco Paraguayo: Conflicto de tierra entre ganaderos e indígenas*. 2003. Tierraviva, Asunción.
- CIDH, *Sentencia sobre fondo reparaciones y costas, caso Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet vs. Paraguay*. 2005. En http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=5
- CIDH, *Sentencia sobre fondo reparaciones y costas, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet vs. Paraguay*. 2006. En http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=5
- CIDH (2010), *Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. 2010. En http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=5
- Comisión Verdad y Justicia, *Tierras mal habidas*. Tomo IV. 2008. Ed. CVJ, Asunción.
- Corte Suprema de Justicia. *Digesto normativo sobre Pueblos Indígenas en el Paraguay 1811-2003*. 2003. Corte Suprema de Justicia – División de Investigación, Legislación y Publicaciones, Asunción.
- DGEEC (2005) *Tierra y migración indígena*. DGEEC, Fernando de la Mora.
- DGEEC (2002) *Censo Nacional 2002*. DGEEC, Fernando de la Mora.
- DGEEC (2002) *Censo Nacional Indígena 2002*. DGEEC, Fernando de la Mora.
- DGEEC (2008) *Resumen de Encuesta Permanente de Hogares Indígenas 2008*. DGEEC, Fernando de la Mora.
- Fassi, Mariana, *El Paraguay en su Laberinto. Qué cambió con Fernando Lugo*. 2010. Capital Intelectual, Buenos Aires.

- Glauser, Marcos, *La extranjerización del territorio paraguayo*. 2009. Base Investigaciones Sociales, Asunción.
- Harder Horst, René, *El régimen de Stroessner y la resistencia indígena*. 2011, Vol.89. CEADUC, Asunción.
- Huynh, Phuong, *Sobre los recursos del Indi*. 2010. Tierraviva, Asunción (Estudio aún no publicado).
- Ministerio de Agricultura y Ganadería, *Resultados preliminares del Censo Agropecuario Nacional*. 2008. Disponible en: <http://www.mag.gov.py/PresentacionCAN2008.pdf>
- Morínigo, Ricardo, “La discriminación es un mal estructural en el Paraguay”, en *Revista Tierraviva*, Nº 1 año 2012. 2012. Tierraviva.
- Ocampos, Genoveva; Rivarola, Milda; Centurión, Aldo, *Las Negociaciones Mercosur – Unión Europea: Una visión desde la Sociedad Civil*. 2008. Base ECTA, Asociación CADEPM.
- Palau Viladesau, Tomás, “Movimiento campesino en el Paraguay. Conflictos, planteamientos y desafíos”, en: Palau, Marielle, y Ortiz, Arístides. *Movimientos sociales y expresión política*. 2005. Base Investigaciones Sociales, CEPAG y SPP, Asunción.
- Palau Viladesau, Tomás, *Es lógico que una sociedad agredida se defienda. Recopilación de artículos 2008-2011*. 2012. Base Investigaciones Sociales, Asunción.
- Pastore, Carlos, *La Lucha por la Tierra en Paraguay*. 2008. Intercontinental Editora S.A. , Asunción. Tercera edición.
- PIDESC, *Informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento del PIDESC en Paraguay en el contexto rural (2000-2005)*. 2006. Diakonia, EDD, ICCO, Asunción.
- PNUD, *Sector rural paraguayo: una visión general para un diálogo informado*. 2010. PNUD en http://www.undp.org.py/odh/fotos/publicaciones2/id8_pub1.pdf
- POJOAJU, CODEHUPY, RED RURAL, ROAM, *Impactos del modelo agroexportador en los derechos humanos de la población en Paraguay*. 2010. En: <http://www.redrural.org.py/V3/uploads/2010/08/paraguay.pdf>
- Prieto, Esther, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT*. 2006. Iniciativa Amotocodie. Asunción.

- Riquelme, Quintín, *Los sin tierra en Paraguay. Conflictos agrarios y movimiento campesino*. 2003. Clacso, Buenos Aires.
- Rojas Villagra, Luis, "Paraguay 2012: ¿Restauración o resquebrajamiento de la dominación conservadora?". Revista Acción, N° 327. Agosto 2012: Montoya.

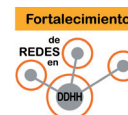
Páginas consultadas:

- Banco Interamericano de Desarrollo, indicadores sociales: <http://www.iadb.org/Research/Socio-metroBID/atAGlance.cfm?lang=es&pageid=0&displaytype>
- Banco Mundial, Base de datos Paraguay: <http://datos.bancomundial.org/pais/paraguay>
- Base Investigaciones Sociales <http://www.baseis.org.py>
- CIDH <http://www.corteidh.or.cr/>
- CODEHUPY <http://www.codehupy.org/>
- Comisión Verdad y Justicia <http://www.verdadyjusticia-dp.gov.py/documentos.html>
- DGEEC <http://www.dgeec.gov.py/>
- Ministerio de Hacienda <http://www.hacienda.gov.py/web-hacienda/index.php>
- PNUD <http://www.undp.org.py>
- Red Rural <http://www.redrural.org.py>





Proyecto “Fortalecimiento organizativo y operativo de redes de DDHH de sociedad civil para una institucionalización de políticas de DDHH con redes gubernamentales de DDHH”



Co-Financia:



Co-financia e implementa:



Organizaciones socias:

COORDINADORA
DERECHOS
HUMANOS
PARAGUAY



La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy) y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.