

DOSSIER PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Sonia Liliana Ivanoff
Fernando Kosovsky
Juan Manuel Salgado
Silvina Ramírez
Lorena Gutiérrez Villar
Darío Rodríguez Duch
Rodrigo Sola
Gonzalo García Veritá
Paula Alvarado
Paula Barberi
María Micaela Gomiz
María Cecilia Jezieniecki
Silvina Zimmerman

Propiedad comunitaria indígena / Fernando Kosovsky y Sonia Liliana Ivanoff. –
1a ed. - Comodoro Rivadavia: Universitaria de la Patagonia -EDUPA, 2015.
135 p.; 21 x 29 cm.

ISBN 978-987-1937-46-2

1. Pueblos Originarios. 2. Derechos Humanos. I. Ivanoff, Sonia Liliana II. Título
CDD 305.8

Fecha de catalogación: 18/03/2015

Primera edición: Abril 2015
Comodoro Rivadavia (CP 9000) - Chubut - Argentina

Editorial Universitaria de la Patagonia
Daniel Pichl

Colección Extensión
Serie Sociedad / Política

Responsable de colección:

Beatriz Escudero

Diseño de tapa:

Ignacio Marraco

Diseño de interior:

Verónica Turra

Edición:

Beatriz Escudero

Secretaría de Extensión Universitaria
Gestión de Proyectos Comunicacionales
E-mail: gcomunicacional@unp.edu.ar
Tel: (0297) 4550929 – Interno 113 – 0297 4558031

Programa “Comunidades en Red”

Aula Abierta/Colección Extensión

PROGRAMA "COMUNIDADES EN RED"
AULA ABIERTA/COLECCIÓN EXTENSIÓN

Serie. Sociedad/Política

- ***Oswaldo Bayer.** *De revoluciones y luchas. La encrucijada de la nación en el Bicentenario.*
- ***Brígida Baeza – Gabriel Carrizo.** *Las Ciencias Sociales frente al Bicentenario: bordes e intersticios de la nación imaginada.*
- ***Juan Manuel Diez Tetamanti VVAA.** *Cartografía Social. Investigación e intervención desde las Ciencias Sociales, métodos y experiencias de aplicación.*
- * **Pablo Blanco.** *Bicentenario ¿para quiénes? Nuestra historia es más que 200 años. Una mirada desde el pueblo Mapuche Tehuelche.*

Serie. Sociedad/Literatura

- ***Luciana Mellado.** *La Patagonia y su literatura: unidad y diversidad multiforme.*
- ***Antonio E. Díaz Fernández.** *Mapuzungun para principiantes.*

Serie. Sociedad/Salud

- ***VVAA.** *Salud Comunitaria. La construcción de un campo interdisciplinar. Aproximaciones desde la formación de Técnicos en Salud.*

Las publicaciones se encuentran disponibles en formato digital:

www.infoweb3.unp.edu.ar/editorial/index.php/extension



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA SAN JUAN BOSCO

RECTOR

Alberto Ayape

VICE RECTORA

Lidia Blanco

SECRETARIA GENERAL

Lidia Blanco

SECRETARIA ACADÉMICA

Alicia Liliana Balocchi

SECRETARIO DE EXTENSIÓN

Diego Lazzarone

SECRETARIO DE CIENCIA Y TÉCNICA

Carlos De Marziani

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Norberto Larroca

SECRETARIO DE PLANEAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS

Carlos De Leonardis

SECRETARÍA DE BIENESTAR UNIVERSITARIO

Diego Lazzarone

SUBSECRETARIO DE COMUNICACIÓN Y MEDIOS

René Silvera

EDITORIAL UNIVERSITARIA

Daniel Pichl

COLECCIÓN EXTENSIÓN

Beatriz Escudero

ÍNDICE

Prólogo Sonia Liliana Ivanoff	VIII
Presentación Fernando Kosovsky – compilador	X
Tierras y territorios indígenas Juan Manuel Salgado	1
Estándares mínimos para la regulación de la ley de propiedad comunitaria indígena Silvina Ramírez 8	
El derecho de propiedad comunitaria indígena en el sistema interamericano de derechos humanos Lorena Gutiérrez Villar	20
Apuntes sobre propiedad comunitaria indígena Darío Rodríguez Duch	38
Desarrollo indígena y propiedad comunitaria Rodrigo Sola	59
La propiedad comunitaria indígena desde el derecho a la igualdad Gonzalo García Veritá	75
Regulación de la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (2012-2013) Paula Alvarado	88
La ley 26.160 como política pública orientada a la protección de la propiedad comunitaria indígena: algunos avances y desafíos pendientes Paula Barberi	101
El derecho constitucional de propiedad comunitaria indígena en la jurisprudencia argentina María Micaela Gomiz	123
Propiedad comunitaria indígena: una mirada desde la legislación comparada María Cecilia Jezieniecki	144
Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en argentina Silvina Zimerman	163
Hacia la propiedad comunitaria indígena en Río Negro Fernando Kosovsky	174
Proyecto de Ley Propiedad Comunitaria Indígena – Provincia de Río Negro Anexo	229

PRÓLOGO

Este libro, constituye un hallazgo editorial que se integra a la Colección Extensión de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco compilando una serie de artículos de prestigiosos colegas, militantes, operadores y amigos/as en los que instalan la discusión sobre la “propiedad comunitaria indígena” en todo el país. La Cátedra Libre de Pueblos Originarios acompaña su publicación en el convencimiento que el conocimiento contribuirá a hacer efectivo ese derecho fundamental.

Este Dossier condensa intervenciones de miembros de la Asociación Argentina de Abogados/as de Derecho Indígena –AADI– en una materia que, desde la reforma de la constitución nacional en 1994, estableció el reconocimiento del derecho de propiedad comunitaria para las comunidades de pueblos indígenas.

El Proyecto de Reforma del Código Civil en el Congreso de Diputados de la Nación fue el disparador que movilizó a los diferentes autores a profundizar sobre los alcances del derecho de “propiedad comunitaria indígena”. Desde sus disciplinas –académicos, litigantes, funcionarios–, los autores conocen de primera mano los obstáculos y dificultades que implica su concreción. Sus diversas miradas son enriquecedoras pues en conjunto permiten elevar la discusión de los aspectos claves de la “Propiedad Comunitaria Indígena” al primer nivel.

Esta publicación muestra una forma de producir conocimiento que conlleva a un efecto completamente diferente. Sus lectores advertirán cómo los distintos artículos proponen un desarrollo de algún problema que, más allá de su especificidad, va a aparecer medularmente hilvanado con cuestiones vinculadas a la narrativa de la “propiedad comunitaria”. Al leer y releer estos artículos como un conjunto, podrán también notar los caminos intelectuales que muestra la consistencia con la que los diferentes autores abordan el tema.

En un abordaje específico de la Propiedad comunitaria indígena se examinan las condiciones políticas, jurídicas e ideológicas, en los contextos internacional, nacional y provincial, bajo las cuales ciertas teorías perduran y otras nuevas aparecen.

Desde posiciones críticas, los autores nos proponen construir una trama que nos lleva desde el fondo de los tiempos al contexto de hoy. Estamos convencidos que esta publicación cumple con el cometido de incidir en la realidad, pues ayuda a reflexionar, a comprender y a repensar los problemas de la sociedad, dimensionar los nuevos escenarios jurídicos donde se puedan expresar las diferencias culturales y lleven a adecuar las soluciones y las prácticas para que sean justas y equitativas.

Desde la Cátedra Libre de Pueblos Originarios, dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria, nos pusimos como objetivo prioritario posicionarnos sobre los hechos políticos más relevantes para la sociedad. Ello nos exige concientizar sobre los cambios jurídicos, sobre la inclusión de los nuevos sujetos de derecho y promover la necesidad de implementar las transformaciones que los hagan realidad. Estamos convencidos que este Dossier sobre Propiedad Comunitaria Indígena viene a facilitar la participación aportando una herramienta esencial de conocimiento que abone los debates tornándolos cada vez más enriquecedores. Confío que esta obra cumple sobradamente nuestros objetivos y celebro que hoy podamos compartirla con Ustedes.

Dra. Sonia Liliana Ivanoff
Coordinadora General Cátedra Libre de Pueblos Originarios
Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco

Comodoro Rivadavia, diciembre de 2014
Chubut/Argentina

PRESENTACIÓN

Desde la Asociación Argentina de Derecho Indígena (AADI) nos alegra presentar este primer “Dossier sobre Propiedad Comunitaria Indígena” (PCI) que ve la luz gracias al impulso constante de la Cátedra Libre sobre Pueblos Originarios y el apoyo de la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco” a quienes desde ya agradecemos.

La AADI tiene entre sus objetivos promover la construcción de una República plurinacional y pluricultural, donde se establezca el reconocimiento pleno de la existencia de los Pueblos Indígenas, se logre la implementación efectiva de sus Derechos en todas las instancias del Estado por medio del desarrollo de políticas públicas y de prácticas concretas. Desde nuestra conformación, nos hemos propuesto fomentar la investigación y el estudio de los instrumentos normativos internacionales, constitucionales y de la legislación local y nacional, a fin de proporcionar herramientas para que el material normativo sea utilizado en la protección de los derechos indígenas. Uno de nuestros objetivos específicos es propender al reconocimiento de la autonomía científica del Derecho Indígena. Inspirado en esos objetivos, este Dossier condensa una selección de los mejores trabajos que nuestros miembros aportan para incrementar el conocimiento esta materia crucial del Derecho indígena.

Abre el telón la conferencia “Tierras y territorios indígenas” pronunciada por Juan Manuel Salgado, quien con una gran claridad expositiva y en un lenguaje ameno, nos introduce a la cuestión ubicando al lector en los postulados fundamentales del Derecho Indígena que permitirán luego comprender a la PCI como una de sus garantías básicas. En este contexto profundiza Silvina Ramírez identificando varios de los “Estándares mínimos para la regulación de la PCI, trabajo que va en sintonía con el de Lorena Gutiérrez Villar quien nos exhibe cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (DDHH) ha ido definiendo los contornos de la PCI a través de los informes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un ensayo didáctico Darío Rodríguez Duch cierra esta primera parte compartiendo sus apuntes

sobre la PCI en los que refleja sus experiencias como litigante, militante y diagramador de políticas públicas en favor de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ingresando a la parte medular del Dossier, encontraremos el trabajo de Rodrigo Sola, que nos ayuda a mirar desde los valores indígenas para comprender que el modelo de desarrollo hegemónico y extractivista no es la única forma de ver el mundo.

En relación a esta forma diferente de concebir el mundo, Gonzalo García Verita nos aporta elementos teóricos para pensar la PCI desde la identidad indígena, superando los límites del principio de igualdad formal ante la ley y exhibiendo cómo el principio de igualdad real junto con la prohibición de la discriminación son los nuevos principios fundantes de la estructura jurídica del Derecho Indígena.

Sentados los principios, estándares y los postulados teóricos ingresamos a analizar los mecanismos legislativos y las políticas públicas que en la Argentina se han planteado a nivel nacional y provincial para regular la PCI.

Retomando la reseña de Silvina Ramírez, Paula Alvarado detalla con precisión las críticas al proceso de Regulación de la PCI en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (2012-2013).

Es sabido que hace casi 10 años Argentina declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria indígena. Por ello, Paula Barberi hace una evaluación del funcionamiento de la ley 26160 como herramienta de protección por medio de la declaración de la emergencia en esta materia, describiendo para ello las marchas y contramarchas de su implementación. A casi 10 años de su sanción y vigencia, en directa relación con esta ley María Micaela Gomiz interpela sobre ¿Cómo fallan los jueces en Argentina respecto al derecho constitucional de PCI?, en un ensayo donde nos propone varias respuestas desde su aguda mirada sobre una selección de jurisprudencia que interroga el grado de respeto por la PCI en las provincias argentinas.

Pasando a la búsqueda de herramientas para la construcción de los dispositivos normativos que garanticen el Derecho Indígena, el Dossier aborda algunas experiencias del derecho comparado. María Cecilia Jezieniecki selecciona las de Bolivia y Colombia, dos referencias latinoamericanas que, con sus bemoles, pueden considerarse como experiencias exitosas de concreción de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Estas experiencias son ampliadas con los aportes para la protección del derecho indígena a la tierra y al territorio de Silvina Zimerman quien en un trabajo brillante revisa indica los contenidos mínimos que debe incluir una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio indígena en Argentina, para lo cual también remite a las pautas basadas de los estándares de los sistemas americano y universal, de las cuales desprende principios innovadores. Con un rico catálogo de propuestas, nos ejemplifica con experiencias concretas de países latinoamericanos que, como Argentina, son parte en los tratados internacionales de derechos humanos, experiencias en las que se regularon las etapas de identificación, de demarcación y titulación. También describe mecanismos adoptados para la solución de controversias entre el derecho de propiedad comunitaria y el derecho de propiedad privada, y los concebidos para resolver los conflictos espaciales intercomunitarios, así como aquellos instaurados para la entrega de tierras complementarias a las de uso y ocupación tradicional y de recuperación de tierras perdidas. Por último, propone pautas a tener en cuenta para reglamentar los recursos administrativos y las acciones judiciales.

Para concluir este Dossier, escribí sobre la situación de Río Negro que es una de las provincias argentinas en las que más se ha desarrollado el Derecho Indígena. En “Hacia la PCI en Río Negro” traté de recuperar la historia de la elaboración de la Ley nro. 2287 integral del indígena, analizando desde la experiencia de 10 años de trabajo, su funcionamiento y las dificultades que se han ido presentando para lograr su implementación ante los organismos y Tribunales provinciales, planteando las adecuaciones normativas e interpretativas a tenor de la reforma de 1994. Describo casos jurisprudenciales que marcaron avances importantes señalando hitos en el reclamo territorial de la PCI -desde el caso “CODECI”, hasta los actuales “CONSEJO ASESOR INDIGENA” y “COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS”-. En base a esa experiencia de trabajo constante en la materia, se publica el Proyecto de ley de

regulación de la PCI presentado por un grupo de legisladores en la Legislatura local (2013) y que como anexo se publica al final de este libro. Analizo el Proyecto a la luz de los estándares vigente y de las experiencias de implementación de la ley 2287. Por último, ofrezco propuestas para diagramar un derecho procesal indígena.

Para terminar, quiero agradecer a mis colegas de la AADI por haberme confiado esta tarea, a las autoras y a los autores por su generosidad, su compromiso y la paciencia para con mi ignorancia en este terreno, a la Universidad Pública por existir y estar más vigente que nunca, a Sonia Ivanoff, por su tesón y constancia para lograr que este libro sea realidad y a mi familia, Vicky, León y Gaia por haberme acompañado con amor, soportando mis largas ausencias para poder honrar este compromiso.

Fernando Kosovsky
Compilador

TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS¹

Juan Manuel Salgado²

El derecho de los pueblos indígenas a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan aparece con estas palabras mencionado en la Constitución Nacional y en varias constituciones provinciales, entre ellas la de Tucumán. Los términos “tierras que tradicionalmente ocupan” se encuentran en el Convenio 169 de la OIT y de allí son adoptados por las constituciones. Jurídicamente parecería evidente que la ocupación tradicional otorga por lo menos derecho al título de propiedad. Digo “por lo menos” porque como veremos más adelante, la “propiedad indígena” tiene características diferenciadas de la propiedad civil, es más, el mismo término “propiedad” resultaría inadecuado si no fuera que es sumamente útil para que los miembros de la cultura dominante comprendan que es un derecho difícil de soslayar. Sin embargo son raras las resoluciones judiciales y prácticamente inexistentes las decisiones administrativas que reconozcan este derecho. Tan es así que en el año 2006 se dictó una ley nacional, N° 26.160, que declara “en emergencia” las tierras de posesión indígena y “suspende” todo desalojo por el término de cuatro años³, lo cual no tendría ningún sentido si

¹Exposición realizada en el “Congreso de Pueblos Andinos” el 14 de mayo de 2009 en San Miguel de Tucumán, Argentina.

² Abogado (UBA 1979). Ex fiscal federal, ex juez penal de la Provincia del Neuquén, ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, ex presidente de la AADI. Docente de Teoría del Derecho (Univ. Nac. del Comahue), Director de la Maestría y Especialización en Derechos Humanos (Univ. Nac. del Comahue), docente en Filosofía del Derecho, Sociología del Derecho y Derecho Social (Univ. Nac. de la Patagonia). Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas y Coordinador del Área Jurídica del Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (Endepa). Coautor del libro “Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino”. Varios artículos, conferencias y exposiciones sobre derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Abogado de la Confederación Mapuche Neuquina y de la Central de los Trabajadores de la Argentina Autónoma.

³La ley N° 26.160 fue luego prorrogada por las leyes N° 26.554 y N° 26.894 hasta el año 2017.

hubiera reconocimiento de la propiedad tal como aparece en la Constitución. Así y todo, igualmente y hasta donde tengo información, son más los casos de desalojo ordenados judicialmente que aquellos en donde se adopta la suspensión.

Salvo las normas jurídicas que prohíben las torturas y apremios policiales y las que establecen el buen trato carcelario, no hay ningún otro campo del derecho en donde la distancia entre lo que dicen los textos legales y lo que resuelven los jueces y los funcionarios sea tan grande.

¿Cómo es posible que unas normas tan claras sean abiertamente violadas por la mayoría de los órganos del Estado?

Antes de contestar esto me parece necesario determinar el marco legal, el paradigma jurídico, en donde se ubican los derechos de los pueblos indígenas, dentro de los cuales el derecho a las tierras y territorios ocupa un lugar que en la práctica se revela decisivo. La primera norma que establece el derecho indígena al reconocimiento de la propiedad de las tierras que ocupan se encuentra en el Convenio 107 de la OIT, del año 1957, que la Argentina ratificó en 1960 pero que jamás cumplió. Tanto es así que en el año 1985 se dictó la ley N° 23.302 sobre comunidades indígenas y en esa ley no se menciona ese derecho, pese a que ya estaba establecido en el Convenio 107 desde 25 años atrás.

Debo aclarar que el Convenio 107 de la OIT no resulta ningún modelo para recordar ya que tenía una orientación asimilacionista. Suponía que los pueblos indígenas se irían “disolviendo” inevitablemente en las sociedades modernas y sólo tenía como finalidad procurar que esta asimilación fuera lo menos traumática posible. Pero entre las normas tendientes a ello se encontraba el deber de los Estados de reconocer la propiedad indígena sobre las tierras tradicionalmente ocupadas. Deber que, como dije, nunca fue cumplido. Ni siquiera fue mencionado cuando se sancionó la primera ley que se ocupa de los pueblos indígenas, la 23.302.

En 1994 se reformó la Constitución Nacional y se introdujo entre las atribuciones del Congreso Nacional un inciso, el N° 17 del artículo 75, en donde se dice que corresponde al Congreso “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. ...Reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” y aunque parezca claro, dicho reconocimiento prácticamente no se aplicó ya que los gobiernos nacional y provinciales, así como los jueces, consideraron que esa norma no establecía un derecho sino un mandato al Congreso para que sancionara una ley de reconocimiento del derecho. Hasta que se dictara esa ley (cosa que aún no se ha hecho) decían que la cláusula de la Constitución era “programática”, que en el lenguaje jurídico significa que carece de operatividad. Sin embargo los especialistas en derecho constitucional, entre ellos el más prestigioso del país, el Dr. Germán Bidart Campos, sostenían que esa norma establecía derechos que debían ser reconocidos sin ningún trámite previo.

Posteriormente el gobierno ratificó el Convenio 169 de la OIT que claramente establece el deber de los Estados de reconocer la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, el que entró en vigencia en el año 2001. Este Convenio había sido redactado por la OIT en los años 1988 y 1989 y aprobado por

la Conferencia General de la OIT en 1989, para su ratificación por los Estados. La delegación argentina participó activamente en la redacción de ese tratado proponiendo muchas cláusulas favorables a los pueblos indígenas que fueron incorporadas al texto. En el año 1992, por ley del Congreso, N° 24.071, se aprobó el Convenio. Pero los tratados internacionales tienen validez mediante dos actos, uno es la aprobación legislativa, por el Congreso, y otro es la ratificación internacional por el Estado, que realiza el Poder Ejecutivo. Esta ratificación demoró ocho años, se hizo en el 2000 y por sus propias normas el convenio comenzó a obligar a la Argentina en el 2001.

¿Qué lugar ocupa el convenio 169 entre las normas del Estado argentino? La Constitución Nacional dice que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes nacionales y además prevalecen sobre toda norma provincial, inclusive sobre las constituciones provinciales.

Por otra parte, la Corte Suprema Argentina desde el año 1992 ha sostenido que los tratados internacionales que establecen derechos son aplicables directamente. Esta es una posición que la Corte mantiene desde entonces y que en su actual composición ha aplicado reiteradas veces en materia de derechos humanos, como en los casos de anulación de los decretos de indulto y de las leyes de amnistía conocidas como “punto final” y “obediencia debida”.

El Convenio 169 de la OIT no es el único tratado internacional que sostiene el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. Es el único que lo dice expresamente, pero hay otros tratados, incluso incorporados a la Constitución Nacional, de los cuales también se deduce ese derecho. El principal de estos tratados, digo “principal” por su conocimiento público y por los mecanismos internacionales de control, no porque tenga una “jerarquía” superior a los otros, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica. La Convención Americana establece dos órganos de aplicación que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los fallos de la Corte, dice la convención, son obligatorios para los Estados.

Si bien la Convención Americana no dice nada expresamente sobre los pueblos indígenas, la Corte Interamericana en el año 2001 dictó una sentencia contra Nicaragua (caso Awas Tingni) en donde estableció que el derecho de propiedad mencionado en el artículo 21 de la Convención abarca el derecho de los pueblos indígenas a que se les reconozca la propiedad de las tierras que ocupan, por encima de cualquier norma civil interna. “La sola existencia de la posesión”, dijo la Corte Interamericana, “debe bastar para que el Estado reconozca la propiedad”. Esta línea de decisiones de la Corte Interamericana ha sido reiterada desde entonces y profundizada en varios fallos posteriores.

¿Cuál es el valor para la Argentina de estos fallos de la Corte Interamericana? La Corte Suprema ha resuelto, a partir de 1992, y en forma reiterada, que la jurisprudencia internacional “debe servir de guía” a los tribunales nacionales, de modo que éstos no pueden dedicarse a interpretar la Convención Americana, ni ningún otro tratado, a su

gusto sino que deben hacerlo de acuerdo a los parámetros de la jurisprudencia internacional.

En el derecho internacional, a diferencia del ámbito interno de un Estado, no hay tribunales de derechos humanos que apliquen todos los tratados existentes. Cada tratado establece un órgano de aplicación y las modalidades de esta aplicación son variados, según cada tratado. Ya dije que la Convención Americana establece una corte cuyos fallos son obligatorios. En esto se siguió el modelo de la Convención Europea, pero es el único tratado que tiene un tribunal con tanta fuerza obligatoria en sus decisiones. Otros tratados establecen órganos e incluso procedimientos de quejas individuales, pero no pueden tomar decisiones e imponerlas a los Estados. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha ido más lejos, sosteniendo que los órganos del Estado argentino deben interpretar los tratados internacionales guiándose por las opiniones de los órganos de aplicación de esos tratados.

Esto tiene importancia porque esos órganos, en otros casos, también han establecido el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de sus tierras. El Comité de Derechos Humanos es el órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también está reconocido por nuestro país e incorporado a la Constitución. Este pacto no menciona al derecho de propiedad, como sí lo hace la Convención Americana, pero tiene un artículo de protección de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y el Comité ha considerado reiteradamente que los pueblos indígenas se encuentran comprendidos entre las disposiciones de ese artículo (Nº 27) y que en los casos en que la cultura de dichos pueblos se encuentre ligada a su relación con la tierra, debe reconocérseles el derecho a la propiedad de ellas.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano de aplicación e interpretación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Esta Convención también está ratificada por la Argentina y también incorporada en el derecho interno con jerarquía constitucional. Si bien el texto de la Convención no menciona a los pueblos indígenas, el Comité ha sostenido desde la década de 1990 que éstos se encuentran protegidos por la Convención y que los Estados deben respetar tanto la propiedad y la posesión indígenas, como su derecho al control sobre los recursos naturales.

Por último, en el año 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. La declaración no es un tratado independiente, sino que tiene la finalidad de orientar la aplicación de los tratados ya existentes. En términos de los especialistas internacionales de derechos humanos, la declaración no establece “nuevos derechos” sino que clarifica en qué consisten los derechos ya enumerados por otras normas de derecho internacional. Esto quiere decir que cuando se aplica un tratado de derechos humanos en relación a los pueblos indígenas, debe tomarse en consideración lo que dice la declaración. Esto es lo que ya han hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que en sus últimas decisiones y recomendaciones han tomado en cuenta las normas de la declaración.

De modo que tenemos todo un complejo de normas internacionales que no dejan ninguna duda sobre los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan. Máxime cuando el órgano judicial supremo de la Argentina ha dicho que las normas de derecho internacional deben aplicarse directamente. Incluso lo ha resuelto en relación a los pueblos indígenas el 30 de septiembre de 2008 en el fallo “Comunidad Eben Ezer c/ Provincia de Salta”.

¿Cómo es posible entonces, parecería necesario preguntar, que todas estas normas prácticamente carezcan de aplicación práctica? Yo vengo de la Provincia del Neuquén, en donde tanto el gobierno provincial como los jueces se niegan en forma sistemática a reconocer estos derechos. Tan es así que actualmente hay más de 100 miembros del pueblo mapuche procesados por “usurpación”, “desobediencia” y otros delitos que se les imputan por defender las mismas tierras que todas las normas que hemos visto reconocen que son suyas⁴.

Voy a volver a diferir la respuesta porque si primero expongo el porqué de esta protección a la propiedad indígena también pueden aparecer las razones de las enormes resistencias a su reconocimiento práctico.

Antes que nada me gustaría señalar las diferencias entre “posesión” y “propiedad”. Ambas son nociones de derecho privado, del derecho civil, del derecho de las relaciones de los individuos particulares entre sí. La posesión es una “relación de hecho” entre una persona y una cosa, es decir, señala el hecho de que una persona tiene el poder sobre una cosa, la “domina”, diríamos, con exclusión de los demás. La propiedad es una “relación de derecho”, que implica que aquella posesión es legítima, reconocida y protegida por el Estado como derecho de propiedad. De modo que para el derecho civil puede haber posesión ilegítima, sin título de propiedad, y posesión legítima, con derecho al título.

Todas las normas que hemos visto han equiparado posesión tradicional indígena con propiedad. Esto quiere decir que el Estado debe reconocer la legitimación del hecho de la posesión indígena y protegerla tal como hace con el derecho tradicional de propiedad. Esta es la primera diferencia que aparece con respecto al derecho privado: La posesión indígena implica la propiedad, no pueden ser divididas.

Hasta aquí, sin embargo, nos movemos en un ámbito propio de las relaciones entre particulares. Parecería que una comunidad tiene un derecho de propiedad “especial” diferente, pero en esencia no muy distinto del resto de los derechos de propiedad particulares.

Pero habría que buscar el porqué de estas diferencias para advertir que hay mucho más que un derecho similar.

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas no tiene a la protección sobre las tierras entre sus primeros artículos. Es más, este derecho recién aparece en el artículo 26. Los primeros artículos establecen el derecho a la igualdad, el derecho a ser reconocidos como diferentes y no ser discriminados por ello y el derecho a la libre determinación y autonomía.

⁴La referencia es al año 2009.

Es decir, la Declaración apunta al centro del derecho de los pueblos indígenas: su derecho a la existencia diferenciada. Esto implica el reconocimiento de su cultura y de su autonomía como aspectos correlativos e inescindibles. Los jueces y demás funcionarios, políticos o no, suelen creer que el “respeto” a la cultura indígena consiste en cierta condescendencia con algunos comportamientos diferentes, algo exóticos, ciertamente folklóricos, pero que no tienen ninguna consecuencia relevante en orden a la organización política del Estado. Más bien lo piensan en términos individuales. Algo así como “si yo tengo derecho a salir a la calle vestido de payaso sin que nadie me lo prohíba, del mismo modo los indígenas tienen derecho a sus trajes, ritos y costumbres tradicionales”. Pero eso es todo. Reconocer que hay algo más, que los “pueblos” indígenas, por el hecho de ser pueblos, o sea identidades colectivas diferentes, tienen derecho a la libre determinación y autonomía es algo que no pueden concebir. Lo primero que dicen es que eso sería “un Estado dentro del Estado”. Y precisamente de eso se trata. No en realidad de ser “un Estado dentro del Estado” pero sí de ser nacionalidades autónomas, con autoridades, instituciones y normas propias, dentro de un Estado que ahora tiene que ser completamente diferente. Tiene que ser un Estado intercultural. Tiene que dejar de ser el Estado de la cultura, de la etnia “blanca” dominante y respetar y reconocer amplios espacios de decisión colectiva a los pueblos preexistentes. Precisamente porque son “preexistentes”, porque fueron dominados a la fuerza, porque fueron objeto de genocidio y porque lo siguen siendo en la medida en que la cultura hegemónica se conciba como única, como la imposición “racional”, “civilizada” sobre los pueblos indígenas.

Para reparar el genocidio, ya que la historia no puede volver atrás pero sí se puede corregir el rumbo futuro, para restablecer una vida colectiva que desde hace siglos se pretende suprimir disolviendo a los pueblos indígenas en una cultura hegemónica, en la que ingresan como los más excluidos entre los marginados, es que las nuevas normas constitucionales e internacionales reconocen la libre determinación y la autonomía.

El derecho “a las tierras” no es entonces un derecho a la “propiedad privada”, aunque forzosamente se haya utilizado esa figura para reconocerlo, sino el derecho al “territorio”, es decir, al espacio de preservación de la propia vida cultural, de la autonomía, de la recreación colectiva de la cultura. Porque una cultura no es una “esencia” inmodificable para que los turistas tomen fotografías, sino un modo de vida y un espacio de libertad, individual y colectiva. Es para proteger ese espacio que se establecen los derechos indígenas a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Este enfoque nos permite comprender entonces el porqué de las enormes resistencias a reconocer ese derecho: Lo que los jueces y demás funcionarios del Estado se niegan a reconocer es que los pueblos indígenas puedan ser titulares de un espacio de autonomía política que ellos no pueden dominar. Lo que se resisten a reconocer es el derecho a la libertad individual y colectiva de los pueblos indígenas, dentro del espacio cultural y territorial propio que el derecho actual les reconoce.

El derecho a las tierras, por eso, pone en cuestión los actuales modos de ejercer la autoridad, de mandar, de gobernar, y es por eso que origina resistencias y violaciones jurídicas tan formidables.

Es, en definitiva, el derecho a no ser dominados por los miembros privilegiados de la cultura hegemónica.

ESTÁNDARES MÍNIMOS PARA LA REGULACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA⁵

Silvina Ramírez⁶

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento explícito que realiza nuestra Constitución sobre la propiedad comunitaria indígena en el artículo 75 inc. 17, como así también el reconocimiento que llevan adelante otros instrumentos jurídicos internacionales receptados con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

⁵Contenido: 1. Introducción; 2. ¿Legislación especial o parte de un Código Civil?; 3. Cuestión procedimental y sustantiva: el Derecho a la consulta; 4. Aspectos medulares de la ley de propiedad comunitaria indígena; 5. Procesos de diálogo: Estado, privados y comunidades indígenas; 6. Notas finales.

⁶Abogada UNC. Doctora en Derecho UBA. Presidenta Asociación de Abogados de Derecho indígena (AADI) (2010-2014) - Asesora académica del CEPPAS/GAJAT. Profesora de Derecho Constitucional y Derechos de los Pueblos indígenas en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de Pluralismo Jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Autora de libros especializados sobre el derecho constitucional de los pueblos indígenas. Disertó en conferencias, encuentros, congresos y jornadas y publicó numerosos trabajos en dicha materia.

Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, en las condiciones de su vigencia, es por demás elocuente de la importancia que reviste este derecho.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas regulan especialmente todo lo atinente a los derechos territoriales de los Pueblos indígenas. Cualquier regulación interna adicional debe acatar lo dispuesto por dichos instrumentos, dado que son derecho vigente hoy en Argentina. Es importante evitar caer en contradicciones o equívocos que, en definitiva, terminen socavando o limitando los derechos internacionales de los derechos humanos y los derechos constitucionales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de informes de la Comisión y fundamentalmente a través de las sentencias de la Corte, avanzó notablemente en la conceptualización de la posesión y propiedad de las tierras y territorios de las comunidades indígenas. Se debe necesariamente tener presente estos avances en cualquier legislación que pretenda desarrollar el material normativo existente, e incorporar los estándares internacionales de derechos humanos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este trabajo pretende avanzar con estos elementos en la identificación de los aspectos centrales que, en materia de propiedad comunitaria indígena, debe contemplar cualquier ley que la regule. En ese sentido, también se debe tener presente que cualquier regulación normativa debe respetar el derecho a la consulta de los Pueblos indígenas. Debido a ello, todos estos contenidos que forman parte de este trabajo deberán ser sometidos a su consideración.

Sin embargo, también es necesario repensar políticamente el proceso completo de titulación, que debe contemplar etapas de diálogo entre el Estado y los Pueblos indígenas. Es por demás conocido que el reconocimiento de derechos territoriales, que finalmente desembocan en una titulación, no concluye en el goce efectivo de los derechos precisamente por la falta de una etapa de negociación que requiere de un escenario más complejo que el meramente jurídico.

La idea central de este trabajo es que a una regulación de la propiedad comunitaria –que responda a los estándares internacionales que protegen los derechos territoriales de las comunidades indígenas⁷– se le deben sumar necesariamente condiciones políticas que hagan posible que estos derechos sean respetados, sin caer inevitablemente en una etapa de judicialización.

Las políticas públicas territoriales formuladas por el Estado deben acompañar las regulaciones jurídicas, para garantizar que los derechos previstos en el material normativo sean efectivamente respetados. Desde esa perspectiva, un análisis fructífero debe combinar una propuesta normativa con una propuesta del modo en que debe abordarse desde la dimensión política estos derechos.

⁷Ver en este Dossier el Trabajo de Silvina Zimmerman “Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina”. Pág. 175.

2. ¿LEGISLACIÓN ESPECIAL O PARTE DE UN CÓDIGO CIVIL?

En Argentina, esta discusión específica tomó especial centralidad en 2012, cuando el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley de unificación del Código Civil y Comercial al Congreso de la Nación, en donde dedicaba una sección particular a la regulación de la propiedad comunitaria indígena.

Hasta ese momento, no era claro cuál era la herramienta más conveniente para regular los derechos territoriales indígenas. Uno de los argumentos en ese momento utilizado giró alrededor de la relevancia del Código Civil para los operadores jurídicos (y en general para toda la comunidad jurídica). Desde esa perspectiva, se pensó que estratégicamente podría ser útil incluir la regulación de la propiedad comunitaria indígena en un código de fondo.

Una vez que se conoció el contenido del proyecto⁸, quienes habíamos sostenido la posible conveniencia de incorporar la regulación en el Código Civil cambiamos drásticamente la posición. Cualquier normativa sobre la propiedad comunitaria indígena debe necesariamente respetar los instrumentos jurídicos internacionales vigentes, la interpretación de sus órganos respectivos, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, debe adecuarse a los estándares internacionales establecidos.

En el caso del proyecto de mención, su forma de conceptualizar la propiedad comunitaria indígena fue tan equivocada que numerosas organizaciones indígenas demandaron, en primer lugar, por no haber sido consultados; en segundo lugar, por hacer prevalecer lo ya contemplado en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas; finalmente reclamaron la formulación de una ley especial que lleve adelante un ordenamiento territorial respetando el derecho a ser consultados.

En el actual estado de situación, y bajo el presupuesto de que el Código Civil seguirá siendo discutido y no subordinará su derrotero a los derechos de los Pueblos indígenas, lo deseable es eliminar el título que regula la propiedad comunitaria indígena en el proyecto, y en su caso remitir a una ley especial.

Esta ley especial debe contemplar un conjunto de aspectos que serán detallados en el siguiente apartado. No obstante, y vale la pena reiterarlo, debe respetar el derecho a la consulta establecido tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración. Por otra parte, debe avanzar sobre lo ya previsto en la Constitución Nacional y en la legislación secundaria, tal como la original ley N° 26.160.

En ese sentido, una ley de propiedad comunitaria indígena es un desafío para el Estado porque significa revisar su tradición jurídica y hacerlo bajo la luz de la mirada de los Pueblos indígenas. No pueden seguir aplicándose categorías jurídicas que pertenecen a

⁸El contenido del proyecto será analizado en un artículo específico en este dossier. Ver el trabajo de Paula Barberi "La ley N° 26.160 como política pública orientada a la producción de la propiedad comunitaria indígena: algunos avances y desafíos pendientes". Pág. 113.

otra concepción sobre la tierra, y que se aleja precisamente de la idea de derechos territoriales que defienden los Pueblos indígenas.

3. CUESTIÓN PROCEDIMENTAL Y SUSTANTIVA: EL DERECHO A LA CONSULTA

La consulta y participación son definidos por la OIT como “la piedra angular” del Convenio⁹, porque introduce una obligación estatal de profundas consecuencias para los Pueblos indígenas, ya que los reconoce como sujetos colectivos de derecho público interno, sujetos políticos cuya voluntad debe considerarse e incorporarse. Además, esta garantía de participación es específica de los Pueblos indígenas, y su interpretación y alcance, no puede reducirse al mero derecho de participación política ya reconocida a todos los ciudadanos en los convenios y pactos internacionales. Lo que se formula es el derecho a la participación colectiva como pueblos¹⁰, al que se le suma los derechos políticos reconocidos para cada uno de sus integrantes, en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos.

Con la instrumentación del derecho a la consulta, sin lugar a dudas se alcanzaría una nueva organización política, dado que sería una señal muy relevante de “tomarse en serio” a los Pueblos indígenas, habilitando las vías para que puedan hacer conocer su opinión cuando las decisiones que se toman los afectan directamente (Convenio 169 OIT, artículo 6, inc. A). Éste sería un nuevo camino en una necesaria redistribución del poder. En el tema que nos ocupa, los derechos territoriales, la consulta es medular para alcanzar un ordenamiento territorial adecuado.

Se señalan¹¹ cuatro tipos de derechos dentro de la relación entre los Estados y los Pueblos indígenas, tomando en cuenta el desarrollo, hasta el presente, del derecho internacional y constitucional, que reconoce indubitablemente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas como derechos humanos fundamentales. Así:

1. El primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo.
Los demás derechos están referidos a formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas:
2. Participación en todo el ciclo de las políticas.
3. Consulta previa a medidas legislativas o administrativas.
4. Consentimiento previo, libre e informado en casos específicos donde se pone en riesgo la integridad¹².

⁹Observación general sobre el Convenio 169, OIT, 2009.

¹⁰Gomiz, Micaela; Salgado, Juan Manuel (2010). Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino, Buenos Aires: ODHPI, IWGIA, p. 119.

¹¹Yrigoyen Fajardo, Raquel (2008). “Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación –a propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169– OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam”, presentadas en el *Curso sobre Consulta Previa*, que antecedió al V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá, Octubre 2008.

¹²Yrigoyen Fajardo, Raquel (2009). “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento” en *El Derecho a la Consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los Pueblos indígenas*, Bogotá: Instituto Latinoamericana de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Es por ello que la **Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas**, guía interpretativa de los derechos de dichos pueblos ya establecidos en el derecho internacional, prevé:

Artículo 5. Los Pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 18. Los Pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los Pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Estas disposiciones deben vincularse necesariamente, en Argentina, al artículo 75 inc. 17 de la Constitución, dado que asegura a los Pueblos indígenas *su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que les afecten*, lo que fortalece aún más este derecho. Debe quedar claro que la propiedad comunitaria indígena está estrecha e inevitablemente vinculada al derecho a la gestión de los recursos naturales.

Ha sido entendido que el derecho a la consulta tiene una doble faz: sustantiva y procedimental. Así, es un derecho que está estrechamente vinculado a la libre determinación de los Pueblos¹³, y que establece relaciones de igualdad promoviendo un diálogo intercultural. Por otra parte, es procedimental dado que tiende a la consecución de otros derechos sustantivos también reconocidos normativamente.

La interpretación del derecho a la consulta y a la participación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido determinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que arroja luz sobre algunos contenidos centrales a la hora de garantizar el ejercicio de estos derechos. Principalmente, en lo referido a los casos de consentimiento, lo que será abordado en el capítulo correspondiente.

Asimismo, es destacable el informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 2011, órgano supervisor del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entre sus principales preocupaciones y recomendaciones al Estado argentino sobresale:

¹³Artículo 1° común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados con jerarquía constitucional.

... El comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados, o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento previo, libre e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la Constitución (artículo 75) y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

De este análisis se desprende la importancia de pensar en un proceso de consulta a nivel nacional que contemple un tema tan central como es la regulación del territorio para los Pueblos indígenas. Inexplicablemente el proyecto de referencia omitió respetar este derecho, lo que deberá ser subsanado en cualquier ley que se ponga a consideración del Congreso de la Nación.

4. ASPECTOS MEDULARES DE LA LEY DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Indudablemente, el derecho a la tierra y al territorio y el derecho a la gestión de los recursos naturales constituyen hoy el núcleo duro de las reivindicaciones indígenas. Estas demandas claramente expuestas –y en muchos casos ignoradas por los Estados– por los diferentes Pueblos indígenas a lo largo de todo el continente expresa una situación fáctica genuina: la especial relación que los Pueblos establecen con su territorio, y que va mucho más allá de un reclamo coyuntural¹⁴.

En Argentina, el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena no ha suscitado el debate esperado. Por otra parte, el análisis que se lleva delante de la propiedad comunitaria indígena contemplada en la Constitución no deja de ser superficial, meramente indicativo y dejando instaladas más dudas que certezas¹⁵.

Los Pueblos indígenas dependen del territorio para sobrevivir como tales. Su cosmovisión, su espiritualidad, está construida sobre esta relación. Si consideramos valiosa su existencia –tal como parece desprenderse de las normas constitucionales y de los propios instrumentos jurídicos internacionales– debemos arbitrar los medios necesarios para garantizar su existencia como sujetos colectivos. En ese sentido, proteger los derechos a la tierra y al territorio constituye uno de los primeros pasos para construir un Estado intercultural.

La centralidad de este derecho tiene su razón de ser. La cosmovisión de los Pueblos indígenas, su forma de vida y su cultura, se nutre de la tierra que habitan. Cultural y espiritualmente, la relación que establecen con ella es trascendental para sus vidas. Política y económicamente, ser dueños de su tierra significa solidificar sus propias

¹⁴Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de Las Casas (2010). *Late la tierra en las veredas de la resistencia. Una mirada a las experiencias de luchas de los pueblos de Chiapas en la defensa de sus derechos*, Informe anual, San Cristóbal de las Casas: Centro de Derechos Humanos, pp. 11-23.

¹⁵Entre otros constitucionalistas, Cfr. Badeni, Ekmekdjian, Sagüés.

organizaciones, asentarse como nación y, como corolario, la posibilidad cierta de vivir dignamente¹⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya en sus primeras sentencias en relación a conflictos territoriales que involucran Pueblos indígenas, da algunas definiciones sobre lo que debe entenderse por propiedad comunitaria (*Awas Tingni vs. Nicaragua* 2001; *Sawhoyamaya vs. Paraguay* 2008). Desde estos contenidos definidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, podemos caracterizar los territorios indígenas y entender por qué adquieren tal grado de centralidad.

A partir de las demandas indígenas, los Estados han respondido de diferente manera. En general, y tomando como uno de los aspectos relevantes la base fáctica de los reclamos, se deberían tomar las medidas necesarias para llevar adelante el relevamiento técnico que permita identificar con claridad cuáles son los territorios indígenas. Llevar adelante las tareas de demarcación es una de las obligaciones prioritarias del Estado y uno de los mayores obstáculos que hoy encuentran los indígenas para la protección de sus derechos¹⁷.

A pesar de “las buenas intenciones” de los organismos, los intereses económicos y políticos alrededor de “las tierras” son tan fuertes, que la concreción de este derecho ha encontrado obstáculos prácticamente insalvables.

Los problemas que suscitan las discusiones alrededor de la propiedad comunitaria de la tierra se complejizan notablemente cuando se plantea el derecho de los pueblos a los recursos propios, derecho que es inescindible de la posesión y propiedad comunitaria, dado que el reclamo legítimo de los indígenas comprende tanto la superficie geográfica como la totalidad del hábitat.

Por lo general, la explotación de los recursos forma una parte central de la riqueza de un país. Los Pueblos indígenas, con sus variantes, habitan vastas zonas de tierras en donde –por ejemplo– los bosques, el petróleo, las reservas de agua, los recursos mineros, constituyen fuentes de riqueza tanto para ellos como para el Estado¹⁸.

Por ello, el Estado tiene las siguientes obligaciones:

- Gestionar junto con los Pueblos indígenas la explotación de esos recursos.
- Consultar a los Pueblos indígenas sobre cualquier medida que tome sobre la disposición de dichos recursos.
- Preservarlos, ya que constituyen la base de la economía de los Pueblos.
- Obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, luego de la referida consulta¹⁹.

¹⁶Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). “Derechos de los Pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de Derechos Humanos”, pp 13-14.

¹⁷Anaya, James (2012). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos indígenas en Argentina, Dinamarca: IWGIA, pp 15-24.

¹⁸Di Risio, Diego; Gavaldá, marc; Pérez Roig, Diego; Scandizzo, Hernán (2012). *Zonas de Sacrificio. Impactos de la industria hidrocarbúrica en Salta y Norpatagonia*, Buenos Aires: OPSUR, pp 62-102.

¹⁹La Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia de 2008 (*Saramaka vs Surinam*) claramente establece cuáles son los criterios que deben respetarse para realizar una consulta apropiada y alcanzar un consentimiento libre e informado.

Obligaciones de difícil cumplimiento, cuando se encuentran en juego intereses económicos y finalmente, cuando quien tiene el control de ciertos recursos también tiene un poder que le es negado recurrentemente a los Pueblos indios.

La discusión, entonces, sobre la tierra, el territorio y la explotación de los recursos naturales tiene un contenido tanto económico como político. En la medida en que no se clarifique la perspectiva política poco se avanzará en un reconocimiento, una negociación y un acuerdo que sea ventajoso para todos los ciudadanos, indígenas y no indígenas²⁰.

Afortunadamente, cada vez existe más claridad acerca de esta última afirmación. Ya es un hecho incuestionable que las empresas transnacionales se han convertido en un actor relevante y de peso para dirimir la gestión de los recursos naturales. Hasta tanto los Estados no establezcan una relación transparente que permita negociar y llegar a acuerdos entre las partes tratadas como iguales, la historia de despojo y saqueo se profundizará con las consabidas y lamentables consecuencias para los Pueblos indígenas.

Uno de los aspectos centrales del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional es el reconocimiento de la “posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Como ya se señaló, el concepto de propiedad comunitaria es totalmente ajeno a la tradición occidental que inspiró nuestro Código Civil, y, en general, al pensamiento ius filosófico que imperó en la Constitución original. Dentro del conjunto de derechos que demandan los Pueblos indígenas, sus derechos territoriales ocupan el centro de la escena.

Sin embargo, el contenido de este concepto incluido en el texto constitucional se encuentra sometido a permanente análisis, y sus alcances son el centro de enormes controversias. A pesar que existe un frondoso material (que incluye jurisprudencia nacional y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos) que clarifican su significado, existe todavía hoy mucha reticencia de aplicar la normativa constitucional²¹.

Actualmente, Argentina cuenta con la ley N° 26.160 (prorrogada en dos oportunidades), de emergencia de la posesión de la tierra que tradicionalmente ocupan los Pueblos originarios, la que suspende los desalojos mientras se lleva adelante el relevamiento técnico jurídico catastral. La autoridad de aplicación del relevamiento es el Instituto Nacional de Asuntos indígenas (INAI).

Se omite hablar de territorios, algo de trascendental importancia por la concepción indígena diferente de sus derechos territoriales. Esto también es relevante en la actual coyuntura, en donde los conflictos territoriales son cada vez más frecuentes.

²⁰Castro Lucic, Milka (2011). “Conflictos relativos al impacto de la minería en territorios indígenas en Chile” en CEJIS, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, *Industrias Extractivas: Políticas y Derechos*, Revista de Debate Social y Jurídico: *Artículo Primero*, Año 14, número 21, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, pp. 155-167.

²¹Hualpa, Eduardo (2012). “¿Hay jurisprudencia nacional y provincial sobre los derechos de los pueblos indígenas?” en García, Julio C. (coord.), *Derecho Constitucional Indígena*, Resistencia, Chaco: Contexto, p. 327.

Un primer paso para el reconocimiento efectivo de derechos es actualizar todo el ordenamiento normativo (no sólo el constitucional), y adecuar todo el esqueleto normativo a la situación actual de los Pueblos indígenas.

El último párrafo del artículo 75 inc. 17 asegura la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten. Existe una tensión manifiesta entre los derechos del Estado y los derechos de los Pueblos originarios sobre los recursos naturales, y a su vez una “segunda tensión” entre las provincias (artículo 124 de la Constitución Nacional) y el Estado nacional sobre esos mismos recursos.

Con todos estos elementos, una ley especial que contemple el derecho a la propiedad comunitaria indígena deberá prever:

- Una clara conceptualización de lo que se entiende por propiedad comunitaria indígena. Desvincularlo de la categoría tradicional de “Derechos reales”, para destacar la relación especial que se establece entre ésta y los Pueblos indígenas.
- En ese sentido, se deberá plasmar en la legislación –tal como lo hace el Convenio 169 de la OIT y las sentencias de la CIDH– lo que debe entenderse por tierra, su extensión a lo que llamamos territorio y con dicha ampliación, la inclusión del hábitat de las comunidades y Pueblos indígenas.
- Clarificar los alcances de la gestión de los recursos naturales, y por ende, transparentar las facultades concurrentes que deben darse, según el mandato constitucional, entre las Provincias y los Pueblos indígenas. En otras palabras, analizar cuán debe ser la interpretación del artículo 124 de la Constitución nacional a la luz del artículo 75 inc. 17 del mismo ordenamiento normativo.
- A partir de la ley N° 26.160 ya mencionada, y con algunos de sus elementos, debe incorporarse en la legislación un detalle pormenorizado de las consecuencias jurídicas del relevamiento técnico jurídico catastral señalado en dicha ley. Para ello, debe contemplarse si éste será vinculante para el Estado, los privados y las comunidades indígenas. Cómo podrá, en su caso, impugnarse el resultado del relevamiento si carece de las mínimas condiciones requeridas (como por ejemplo, participación indígena), cómo será el proceso de titulación colectiva, etc.
- Es importante, asimismo, que en la ley no se requiera la personería jurídica para poder ser titular de la propiedad comunitaria indígena.

Esta caracterización no es exhaustiva pero pretende al menos ser un punto de partida sobre los aspectos que insoslayablemente debe incluir. No es ajeno a este trabajo que una ley con los puntos que aquí se señalan, y que debe ser consensuada y consultada con los Pueblos indígenas, es una tarea muy compleja. Pero también es el camino para zanzar una situación que cada vez más provoca conflictos violentos con la consiguiente pérdida de vidas, y que no hace sino adecuarse a la legislación ya vigente en Argentina.

5. PROCESOS DE DIÁLOGO: ESTADO, PRIVADOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Llevar adelante un reordenamiento territorial en donde se respeten los derechos territoriales indígenas es una tarea muy compleja. Si bien mucho de lo reivindicado al presente está conformado por tierras fiscales pertenecientes al Estado, también debe contemplarse la situación de aquellas tierras enajenadas por el Estado y cuyos titulares son “privados”, que requieren de otro tipo de procesos (como expropiación, por ejemplo) a la hora de entregarlas a los Pueblos indígenas.

Junto con la ley, es necesario iniciar un proceso de diálogo que, caso por caso, pueda ir determinando cuáles son los modos en que puede concretarse la titulación colectiva. En otras palabras, se deben generar las condiciones políticas que hagan viable la implementación de la ley objeto de este trabajo.

Una ley por sí sola no va a modificar o transformar la situación de los Pueblos indígenas en cuanto a su territorio. Es relevante para encauzar la discusión, dado que enfatiza el derecho ya vigente en el país, instrumentos jurídicos internacionales y Constitución Nacional de por medio. Por ello, para asegurar que luego de promulgarse una ley especial relativa a la propiedad comunitaria indígena ésta podrá ejecutarse satisfactoriamente, se hace necesario abrir los canales de un diálogo intercultural que pueda superar los obstáculos más conflictivos.

El diálogo debe darse privilegiadamente entre las comunidades indígenas, sus organizaciones, y las autoridades de los Estados nacional y provincial, para articular el mejor modo de llevar adelante esta reorganización territorial tan necesaria para la sobrevivencia de los Pueblos indígenas.

6. NOTAS FINALES

Uno de los grandes desafíos en el futuro inmediato es la elaboración de una ley especial que regule la propiedad comunitaria indígena, adecuando su contenido a lo dispuesto por las herramientas jurídicas internacionales y a la propia Constitución nacional. Esta ley debe también responder al derecho que tienen los Pueblos indígenas a ser consultados, gestando un proceso a nivel nacional que pueda garantizar la participación indígena.

Por ello, es preciso hacer un seguimiento parlamentario para garantizar la consulta y el debate alrededor del contenido de esta ley. Si bien existen actualmente proyectos de ley sobre consulta para reglamentar el derecho ya vigente en Argentina, lo cierto es que su discusión y aprobación están lejos de producirse en el corto plazo. Se deberían garantizar los medios para que ese derecho sea respetado.

Por otra parte, y a partir de la experiencia surgida a partir de la falta de implementación de la ley N° 26.160 de emergencia en materia de la propiedad comunitaria indígena,

deben también generarse las condiciones para que una ley especial sobre derechos territoriales indígenas pueda instrumentarse efectivamente una vez haya sido aprobada por el Congreso de la Nación.

Sin lugar a dudas, la regulación de la propiedad comunitaria indígena es uno de los temas más sensibles en la relación del Estado/Pueblos indígenas. Es a través de la forma en cómo se aborde el reordenamiento territorial que se pondrá punto final a un conjunto de conflictos cada vez más profundos y violentos. Pero también será un modo de configurar, finalmente, un genuino Estado intercultural.

BIBLIOGRAFIA

ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos indígenas en Argentina, IWGIA, Dinamarca, 2012.

CASTRO LUCIC, Milka. “Conflictos relativos al impacto de la minería en territorios indígenas en Chile” en CEJIS, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, Industrias Extractivas: Políticas y Derechos, Revista de Debate Social y Jurídico: Artículo Primero, Año 14, número 21, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2011.

DIRISIO, Diego; GAVALDÁ, Marc; PÉREZ ROIG, Diego; SCANDIZZO, Hernán. Zonas de Sacrificio. Impactos de la industria hidrocarburífera en Salta y Norpatagonia, OPSUR. Buenos Aires, 2012.

GOMIZ, Micaela; SALGADO, Juan Manuel. Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino, ODHPI, IWGIA, Buenos Aires, 2010.

HUALPA, Eduardo. “¿Hay jurisprudencia nacional y provincial sobre los derechos de los pueblos indígenas?” en García, Julio C. (coord.), Derecho Constitucional Indígena, Contexto, Resistencia, 2012.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento” en El Derecho a la Consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los Pueblos indígenas, Instituto Latinoamericana de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2009.

EL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Lorena Gutiérrez Villar²²

1. INTRODUCCIÓN

En la región latinoamericana, los pueblos indígenas durante mucho tiempo no fueron reconocidos como segmentos diferenciados de la población.

Recién a mediados de la década de 1980 comenzó una serie de reformas constitucionales en la que los Estados Nacionales reconocieron derechos diferenciados a los pueblos indígenas²³.

Como resultado de esta ola de reformas constitucionales, todos los países de la región abandonaron el paradigma constitucional que pretendía realizar el principio de la unidad

²²Abogada UBA. Integrante del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra, perteneciente al Centro de Políticas Públicas para el Socialismo. Coordinadora Adjunta de la Comisión de Derechos Indígenas del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Candidata a Magister en Derechos Humanos y Políticas Públicas, Universidad Nacional de Lanús.

²³Entre los países que incluyeron normas constitucionales destinadas a proteger los derechos de los pueblos indígenas, se encuentran: Brasil, 1988; Colombia, 1991; Paraguay y México, 1992; Argentina, 1994, Venezuela, 1999.

nacional a través de la homogeneización de las diferencias culturales contenidas dentro de sus fronteras y reconocieron, en menor o mayor medida, estas diferencias y subrayaron el valor del pluralismo cultural.

Algunos Estados se definieron a sí mismos como pluriétnicos y multiculturales y establecieron como principio constitucional la promoción de la diversidad cultural. Dentro de los derechos que fueron reconocidos y garantizados a los pueblos indígenas se encuentran: sus lenguas como idiomas oficiales, educación intercultural, sus sistemas de justicia tradicional, la propiedad comunitaria de sus territorios y el control sobre los recursos naturales existentes en éstos.

Sin embargo, dentro de este nuevo marco jurídico protector de sus derechos, como expresa el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en un informe dirigido al Consejo de Derechos Humanos, a menudo se informa de numerosas violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas²⁴.

Nuestro país no permanece ajeno a esta situación. En los últimos años los conflictos protagonizados por los pueblos indígenas en defensa de sus derechos, principalmente territoriales, se multiplicaron. Sólo por citar algunos ejemplos, mencionaré los siguientes:

- El intento de desalojo de la comunidad indígena de Chuschagasta situada en la provincia de Tucumán que culminó con el asesinato del líder comunitario Javier Chocobar en octubre de 2009.
- El desalojo violento sucedido en la comunidad Paicil Antreao en la localidad de Villa La Angostura en la provincia de Neuquén, sucedido a principios del 2010, que dejó como saldo varias personas indígenas heridas.
- La represión policial a los reclamos territoriales de la comunidad Napogna Potae Navogoh (La Primavera) en la provincia de Formosa, que resultó en comunero fallecido, la detención y maltrato de ancianos, mujeres embarazadas y niños, así como la quema de 20 viviendas con todas sus pertenencias.

La lucha de los pueblos indígenas por la reivindicación de sus derechos, los ha llevado a formular sus demandas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En esta esfera, obtuvieron tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana decisiones que precisaron y complementaron los marcos jurídicos vigentes en cada país, respecto del contenido y alcance de sus derechos.

Este trabajo abordará la recepción de los derechos territoriales indígenas y su protección en el ámbito interamericano, a través del examen de las decisiones adoptadas en relación al reconocimiento y. Ello, en virtud de la trascendencia que tiene éste para los pueblos indígenas y la importancia de la aplicación de las reglas que derivan de estas sentencias para la resolución de conflictos particulares y la elaboración de normas vinculados a estos derechos en nuestro país.

²⁴Stavenhagen, Rodolfo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. E/CN.4/2002/97, 2002.

2. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no incluyó en su texto referencias específicas a los pueblos indígenas (tampoco las tiene la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH)).

Ello no ha obstado, sin embargo, que desde la década de 1970, la Comisión Interamericana recibiera y procesara numerosas peticiones vinculadas a las violaciones de derechos de personas y comunidades indígenas. Y, al pronunciarse en tales situaciones, ha aplicado tanto las disposiciones de la Declaración y Convención Americanas²⁵.

Por la misma época, en una resolución denominada “La Protección Especial para las Poblaciones Indígenas”, la Comisión sostuvo, que la protección de las poblaciones indígenas constituía “tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados”²⁶.

Con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América, que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad, así como de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área, en el año 1990, la Comisión Interamericana creó la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁷.

El mandato de la Relatoría incluye promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección a los pueblos indígenas y facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano, participar en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se aleguen presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y/o de sus miembros, apoyar en la realización de visitas in loco a los países miembros de la OEA, elaborar informes que contengan recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas que contribuyan a promover y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, realizar y participar en conferencias, seminarios y reuniones de distinto carácter con representantes de los gobiernos, la academia, la sociedad civil y los pueblos indígenas con el objeto de difundir y analizar los temas propios de su mandato.

Además, desde su creación, la Relatoría trabajó en un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este proyecto recoge el valor de la diversidad cultural para desarrollar sus preceptos.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La situación de los derechos humanos de los Indígenas en las Américas OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 20 octubre 2000. http://www.cidh.org/indigenas/Cap.1.htm#_ftn2

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La situación de los derechos humanos, op. cit. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>

²⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>

En su preámbulo, afirma que los pueblos indígenas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países y destaca la necesidad de desarrollar marcos jurídicos nacionales para consolidar la pluriculturalidad en las Américas.

También expresa su reconocimiento a las formas tradicionales colectivas de control y uso de tierras, territorios y recursos naturales como condición necesaria para su supervivencia, bienestar individual y colectivo. Y reconoce asimismo, que estas formas tradicionales control y uso de tierras son variadas, idiosincráticas y no necesariamente coincidentes con los sistemas protegidos por las legislaciones comunes de los Estados en los que habitan.

Finalmente, este proyecto fue elevado a la Asamblea General en el año 1997. Aunque, hasta el momento, no ha sido aprobado.

3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA

Como se señalara en el apartado anterior, si bien fueron implementándose en ámbito interamericano mecanismos destinados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, ni la Declaración ni la Convención contienen previsiones normativas sobre el tema.

Pese a ello, tanto la Comisión como la Corte al pronunciarse sobre peticiones en las se alegaban violaciones a los derechos de personas y comunidades indígenas, reinterpretaron los instrumentos antes mencionados en un sentido que brindara protección al derecho de propiedad, tal como es entendido y ejercido por los pueblos indígenas; estos es, de modo comunitario.

En una sentencia de reciente publicación, la Corte señaló que la protección de la propiedad comunitaria, tal y como la conciben los pueblos indígenas, está basada en los valores de pluralismo y diversidad cultural propios de una sociedad democrática: *“La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática”*²⁸.

El primer caso relacionado con el derecho de propiedad comunitaria que la Comisión sometió a tratamiento de la Corte Interamericana, fue el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Este precedente marcó un hito en la defensa de los derechos indígenas en el ámbito regional.

En esta oportunidad, la Comisión sostuvo en sus alegatos que la Comunidad Mayagna tenía derechos sobre propiedad sobre tierras y los recursos naturales que en ellas

²⁸Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio De 2012 (Fondo y Reparaciones), párr. 159.

existían. Y que estos derechos de propiedad, a diferencia de la concepción clásica, eran ejercidos de un modo comunitario.

Explicó que este modo de ejercicio de la propiedad estaba basado en “*patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral*”. Estos patrones de tenencia tradicional, de acuerdo con la Comisión, se encuentran ligados a la continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos.

Agregó que estos patrones de de uso y ocupación territorial generan sistemas consuetudinarios de propiedad. Y concluyó, que estos derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas, son equiparables a los derechos de propiedad garantizados por el artículo 21 de la Convención y por tal motivo, se encuentran allí protegidos. Y que, el “*no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención*”²⁹.

En sentido coincidente, en su sentencia, la Corte consideró que el Estado de Nicaragua había violado el artículo 21 de la Convención.

Para establecer que Nicaragua había violado el derecho a la propiedad de la comunidad, la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención, adecuándolo “a la evolución de los tiempos” y “a las condiciones de vida actuales”³⁰.

También consideró lo dispuesto en el artículo 29.b de la Convención que establece: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”³¹.

Conjugando estos elementos la Corte concluyó, que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunitaria (o comunal, tal es el término que utiliza la Corte)³².

Para incluir la propiedad comunitaria dentro de la protección que brinda el artículo 21 de la Convención, la Corte también apeló al principio de diferencia cultural que distingue a los pueblos indígenas del resto de la población y dejó sentada la necesidad de tener presente este principio a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Americana: “[...] *hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*”³³.

²⁹ Párr. 140.

³⁰ Caso Awas Tingni, párr. 146.

³¹ Caso Awas Tingni, párr. 147.

³² Cfr. párr. 146, 147 y 148.

³³ Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 51.

Así es que reconoció la tradición comunitaria de ejercicio de la propiedad, no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Y que, a pesar de no encontrarse expresamente mencionada dentro del artículo 21 se encuentra igualmente amparada en él.

4. EL TERRITORIO: IDENTIDAD CULTURAL Y SUPERVIVENCIA FÍSICA

En el apartado anterior, vimos como la Comisión y la Corte reconocieron que el modo de ejercer el derecho de propiedad de los pueblos indígenas es diferente al de los occidentales. Y que esta modalidad, denominada comunitaria, está tutelada por la Convención.

Ahora bien, si el modo de ejercicio de la propiedad es diferente, corresponde preguntarse si la concepción del derecho de propiedad también lo es. Y en tal caso, cuáles sus características e implicancias. Estos tópicos han sido objeto de un extenso tratamiento en el ámbito interamericano.

En una aproximación a esta cuestión, la Comisión sostuvo que la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra. Añadió que la ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados a su tradición cultural³⁴.

La Corte también examinó la relación distintiva que une a los indígenas con sus tierras. En este análisis trató de dimensionar el significado de la “estrecha relación” que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras.

Al hacerlo, expresó: *“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*³⁵.

Posteriormente, indicó, que: *“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de*

³⁴ Caso Yakye Axa, párr. 120.

³⁵ Caso Awas Tingni, párr. 149

subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”³⁶.

También sostuvo que los Estados debían tomar en cuenta, que el derecho de propiedad, como es entendido por los pueblos indígenas, se halla ligado a su supervivencia como pueblo: *“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. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”³⁷.*

De acuerdo con estas consideraciones, la Corte interpreta que se encuentran protegidos dentro del artículo 21 de la Convención no sólo las tierras de ocupación tradicional sino también los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran y los elementos incorporales que se desprendan de ellos³⁸.

Con fundamento en estas apreciaciones, tanto la Comisión Corte entienden que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.

Esta posesión otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento estatal de propiedad y su registro.

Al referirse a la situación de los pueblos indígenas despojados de sus tierras de ocupación tradicional, indicó que éstos mantienen el derecho de propiedad sobre las tierras, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe. Y que frente a esta última circunstancia, aún tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad³⁹.

En lo tocante al lapso temporal en el que pueden ejercer este derecho de reivindicación de sus tierras de ocupación tradicional, en virtud de la particular relación con sus tierras de ocupación tradicional, la Corte concluyó que mientras esta relación exista, los pueblos indígenas conservan el derecho de propiedad sobre estas tierras.

Al referirse a esta estrecha o particular relación que liga a los pueblos indígenas con sus tierras, expresó que esta relación puede manifestarse de distintas formas, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre. En base a ello, puede existir uso o presencia tradicional en las tierras, 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.

³⁶ Caso Yakye Axa, párr. 135.

³⁷ Caso Yakye Axa, párrs. 146.

³⁸ Caso Yakye Axa, párr. 137.

³⁹ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

Agregó también que debe ser posible para el pueblo de que se trate, mantener esta relación con su tierra. Por ejemplo en caso que su relación con la tierra se manifestara a través de la caza o la pesca y les fuera impedido desarrollar estas actividades (debido a violencia o amenazas), se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan⁴⁰.

5. OTROS INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS INVOCADOS PARA INTERPRETAR EL DERECHO DE PROPIEDAD

Para ahondar en las características del derecho a la propiedad comunitaria indígena y sus implicancias, la Corte además de efectuar una interpretación dinámica de los instrumentos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano, acudió a otros instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, en el caso *Yakye Axa* resuelto contra Paraguay recurrió a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Cabe señalar que Paraguay había ratificado el Convenio 169.

Allí señaló, que era apropiado interpretar el artículo 21 de la Convención a luz de lo establecido en el artículo 13 del Convenio 169, que establece la obligación de los Estados de respetar la relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras o territorios y la importancia especial que éstas reviste para las culturas y valores espirituales⁴¹.

También utilizó las disposiciones del artículo 16 del Convenio 169, que establece las obligaciones del Estado en relación a los pueblos desplazados. Y sostuvo, con argumento en esta norma, que sólo cuando no sea posible el retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados, éstos deberán recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente⁴².

En el mismo caso y para determinar si había habido afectación al derecho a la vida, se valió de las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Así, expresó que el Comité en su Observación General 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, había indicado que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Y destacó las palabras del Comité en cuanto expresa que para los pueblos indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. Y que en virtud de esta circunstancia, pérdida de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones. “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y

⁴⁰ Caso *Sawhoyamaya*, párrs. 131 y 132.

⁴¹ Caso *Yakye Axa*, párr. 136.

⁴² Caso *Yakye Axa*, párr. 150.

el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. Con fundamento en esta observación, la Corte concluyó: *“en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”*⁴³.

También se valió de precedentes del Comité de Derechos Humanos. En el caso *Saramaka vs. Surinam*, respecto de las garantías que los pueblos indígenas tienen en relación a la restricción de su derecho a la propiedad y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, recordó que en el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena, garantizado en el artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho: *“El Comité consideró que la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”*⁴⁴.

Para reforzar este concepto, también acudió a las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (que había recibido el apoyo de Surinam para su aprobación), y citó el artículo 32 que establece, entre otras garantías, que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual⁴⁵.

6. OBLIGACIONES DEL ESTADO: DELIMITAR, DEMARCAR Y TITULAR

En todos los casos tanto la Comisión como la Corte destacaron que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los pueblos indígenas el derecho de propiedad comunitaria.

En uno de los primeros casos sometidos a conocimiento de la Comisión, *Yanomami vs. Brasil*⁴⁶, se denunciaba la violación del derecho a la vida, salud y propiedad, garantizados por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre

⁴³ Caso *Yakye Axa*, párrs. 166 y 167.

⁴⁴ Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 130.

⁴⁵ Caso *Saramaka*, párr. 131.

⁴⁶ Resolución N° 12/85. Caso N° 7615 (Brasil), del 5 de marzo de 1985

otros, del pueblo Yanomami que habitaba en noroeste de Brasil y que había sido desplazado por la construcción de una autopista transamazónica en sus territorios. Luego de varios años de protestas los indígenas consiguieron que el gobierno federal se comprometiera a establecer el Parque Indígena Yanomami, como medida para proteger sus territorios.

Sin embargo, esta medida nunca llegó a implementarse. Por consiguiente, la Comisión entendió que el Estado brasileño había omitido adoptar medidas oportunas y eficaces a favor de los Yanomami, lesionando así su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, derecho de residencia y tránsito y Derecho a la preservación de la salud y bienestar. Aunque no se refirió expresamente en los puntos resolutivos a la violación del derecho de propiedad recomendó al Estado delimitar y demarcar el Parque Yanomami (punto resolutivo 3.b).

En el caso *Awas Tingni*, la Corte afirmó que basándose en las prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento estatal de dicha propiedad y su registro.

En aras de hacer efectivo este derecho, la Corte consideró, que más allá del reconocimiento legal que los Estados hagan del derecho de propiedad comunitaria, deben establecer un procedimiento específico para materializar este reconocimiento. Pues si los límites del territorio sobre los cuales existe un derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado, esta situación crea un clima de incertidumbre permanente para los pueblos de que se trate: no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de sus respectivos bienes.

Es por ello que para hacer efectivo el goce del derecho de propiedad comunitaria, los Estados tienen el deber de delimitar, demarcar y titular los territorios indígenas. Y, hasta tanto se dé cumplimiento a esta obligación, debe abstenerse de realizar actos, por sí o por medio de terceros, que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes existentes dentro de las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas⁴⁷.

Reafirmó este criterio los casos *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* y *Xakmok Kásek*, todos resueltos contra Paraguay.

Allí expuso, que el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad y si no se han entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho⁴⁸. Esta situación, afirmó, amenaza el libre desarrollo y transmisión de la cultura y prácticas tradicionales del pueblo de que se trate.

⁴⁷ Caso *Awas Tingni*, párrs. 151 a 153.

⁴⁸ Caso *Sawhoyamaya*, párr. 143, Caso *Yakye Axa*, párr. 143 y Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones Y Costas), párr. 109.

7. PAUTAS PARA SUPERAR LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD INDIVIDUAL

En torno a esta cuestión, vuelve a plantearse cuál el lugar que los valores de pluralismo y diversidad cultural tienen en nuestra región.

A lo largo de los casos que fueron resueltos, se debatió en torno a si la propiedad comunitaria indígena puede ser sometida a restricciones y cómo debe ser interpretada a fin de que no generar un conflicto con el derecho de propiedad privada, que también se encuentra protegido por la Declaración y Convención Americanas. Es decir, ¿qué sucede en el caso de las tierras reclamadas por un pueblo indígena no se encuentren habitadas por éste al momento del reclamo? ¿Cuál es la solución a adoptar cuando estas tierras han sido traspasadas a manos de un propietario particular?

En oportunidad de expedirse en el ya aludido caso Yakye Axa⁴⁹, la Corte expresó que cuando la propiedad comunitaria indígenas como la propiedad privada particular, entran en contradicción (real o aparente), tanto la Convención Americana como la jurisprudencia de la propia Corte, proveen las pautas superar la contradicción planteada. Sostuvo que las restricciones al uso y goce del derecho de propiedad son admisibles si: están establecidas por ley, son necesarias, proporcionales y se realizan con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática: *“La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”*⁵⁰.

Al aplicarse estos estándares a los conflictos entre la propiedad privada y la propiedad comunitaria indígena, los Estados, señaló la Corte, deben valorarse caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro.

En tales casos, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan (en relación a la propiedad tal como es concebida en occidente), un concepto más amplio y diferente que está vinculado 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. En síntesis, la propiedad comunitaria garantiza que los pueblos indígenas conserven y transmitan a sus generaciones venideras el patrimonio cultural de su pueblo.

⁴⁹ Caso Yakye Axa, párrs. 143 a 151.

⁵⁰ Caso Yakye Axa, párr. 145.

El restringir este derecho podría afectar otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de los pueblos indígenas y sus miembros. En cambio, la restricción al 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. En tal caso, la restricción del derecho de propiedad privada de los particulares será proporcional si, tal como lo prevé el artículo 21.2 de la Convención, se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados.

No obstante lo cual, ello no significa que frente al conflicto entre propiedad privada y propiedad comunitaria indígena, siempre deba prevalecer esta última: “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 éstas”⁵¹.

En tales casos la compensación que se haga, puede ser a través del pago de una justa indemnización o la entrega de tierras alternativas. Sin embargo, sostiene la Corte, ninguna de estas medidas quedan sujetas al criterio discrecional del Estado. Deben respetar las disposiciones convencionales y las de otros instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables al caso, como lo es el Convenio 169 de la OIT.

Además, esta compensación debe ser consensuada con el pueblo interesado, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.

8. LA PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN EL TERRITORIO

Como fuera mencionado en el apartado IV, el derecho de propiedad comunitaria ha sido interpretado tanto por la Comisión como por la Corte en un sentido que comprende el derecho de los pueblos indígenas de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio. Pues sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos se pone riesgo. De allí se desprende la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: prevenir su extinción como pueblo.

En los casos Saramaka y Sarayaku, se han brindado mayores precisiones sobre las garantías establecidas a favor de los pueblos indígenas para proteger estos recursos naturales vinculados a su subsistencia como pueblo.

En primer lugar, la Corte dejó sentado que los recursos naturales protegidos por el artículo 21 de la Convención son aquellos que están ligados a la supervivencia del pueblo⁵². Y que el artículo 21, en sí mismo, no prohíbe la emisión de concesiones para

⁵¹ Casp Yakye Axa, párr. 149.

⁵² Caso Saramaka, párr. 122.

la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales⁵³.

Luego, a fin de adentrarse en la cuestión respecto de cuándo y en qué medida el Estado puede explotar por sí o través de concesiones a terceros los recursos naturales existentes dentro de tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, recordó que el derecho de propiedad no es absoluto y que el Estado puede restringir su uso y goce. Tal como fuera reseñado en el apartado anterior, a los requisitos establecidos para restringir el uso y goce del derecho de propiedad, se añade un requisito más cuando se trata de restringir el uso y goce del derecho de propiedad comunitaria indígena: esta restricción no debe importar una denegación de la subsistencia como pueblo.

Para que la explotación de recursos naturales respete este último estándar, la Corte entiende que el Estado debe cumplir con las siguientes garantías⁵⁴:

- 1) asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo de que se trate, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción de recursos naturales que se desarrolle dentro de su territorio.
- 2) garantizar que los miembros del pueblo de que se trate, se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.
- 3) garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio del pueblo indígena de que se trate, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Al mismo tiempo, precisó el contenido de los derechos de consulta y participación en caso de planes de explotación de recursos naturales dentro de territorios indígenas. En tal sentido, destacó que para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas de que se trate, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicho pueblo, según sus costumbres y tradiciones: *“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.”* Asimismo, indicó que esta consulta deber ser realizada *“de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso”*. Y que *“los Estados deberían asegurarse, que el pueblo afectado tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepte el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”*⁵⁵.

También estableció una diferencia entre de planes de desarrollo o de inversión pequeños y a gran escala. Para estos últimos, que tendrían un impacto mayor en el territorio, señaló que los Estados además de cumplir con el derecho de consulta, se encuentran

⁵³ Caso Saramaka, párr. 143.

⁵⁴ Caso Saramaka, párr. 129.

⁵⁵ Caso Saramaka, párr. 133.

obligados además a obtener el consentimiento libre, informado y previo del pueblo afectado⁵⁶.

Esta postura fue ratificada en el caso Sarayaku, más reciente en el tiempo: *“Corresponde entonces determinar la forma y sentido en que el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku y si los actos de la empresa concesionaria, que el Estado señaló como formas de “socialización” o de búsqueda de “entendimiento”, satisfacen los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a comunidades y pueblos indígenas en relación con sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. Para ello, corresponde analizar los hechos recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del Derecho Internacional. El análisis se hará en el siguiente orden: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada”*⁵⁷.

A renglón seguido, aclaró que es deber del Estado (y no de los pueblos indígenas) demostrar cabalmente, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

9. ESTÁNDARES FIJADOS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO EN RELACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA

Los casos reseñados muestran que tanto la Comisión como la Corte Interamericanas reconocieron la existencia del derecho de propiedad comunitaria, precisando su contenido y alcance. A través de sus distintos pronunciamientos podemos observar el esfuerzo por superar las interpretaciones clásicas del derecho de propiedad y expresar el significado cabal la relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras de ocupación tradicional. Así, fue consolidándose en el ámbito interamericano una vasta jurisprudencia, que analiza diferentes aspectos de la propiedad comunitaria y que contribuyó a cimentar el reconocimiento y la protección de este derecho.

En los distintos pronunciamientos no sólo se estableció que el derecho de propiedad comunitaria indígena goza de protección convencional, sino que también se enumeraron los elementos que lo componen (tierras, recursos naturales y elementos incorporeales).

Encontramos también un análisis exhaustivo de los obstáculos impiden en los ámbitos nacionales que los pueblos indígenas gocen plenamente de este derecho (como los diseños institucionales de los Estados y las prácticas cotidianas de sus funcionarios). Con ello, se brindan pautas para que los Estados puedan elaborar e implementar mecanismos institucionales que hagan efectivos los derechos territoriales de los pueblos

⁵⁶ Caso Saramaka, párr. 134.

⁵⁷ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, párr. 178.

indígenas (como la creación de un procedimiento para delimitar y demarcar la propiedad comunitaria).

Por otra parte, se establecieron estándares destinados para superar las tensiones que pueden presentarse entre el derecho de propiedad comunitaria y el derecho de propiedad privada.

Además se analizó el supuesto de la extinción de la propiedad comunitaria y cuándo el derecho a la restitución de las tierras de ocupación tradicional permanece a lo largo del tiempo.

Al mismo tiempo quedó establecido cómo debe procederse en caso de que haya que efectuar una compensación en tierras distintas a las reclamadas por los pueblos indígenas y cuándo corresponde una indemnización sustitutiva de las mismas. Cabe destacar asimismo, la relevancia que se ha dado a los derechos de consulta y participación y la necesidad de dar plena vigencia a los mismos como condición indispensable para garantizar el cabal ejercicio de los derechos territoriales.

Por último, es notable el empeño en mostrar la coherencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al regular la protección de la propiedad comunitaria indígena. Y a la vez integrar e interpretar las normas convencionales de forma armónica con éste.

Todo este desarrollo, no sólo complementa la protección que las normas constitucionales y las disposiciones legales otorgan al derecho de propiedad comunitaria en nuestro país, sino que además debe servir de guía al trabajo de los legisladores en su tarea de reglamentar este derecho.

10. DEFICIENCIAS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL EN RELACIÓN A LOS ESTÁNDARES ESTABLECIDOS POR EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

Lamentablemente, estas pautas no se han visto reflejadas en la legislación de nuestro país.

Si bien la ley 23.302⁵⁸ es bastante anterior a la jurisprudencia acuñada en el ámbito interamericano, pero no tuvo reformas posteriores para adecuarla a las pautas allí establecidas. Por tal motivo, no establece como pauta para el reconocimiento o delimitación de la propiedad comunitaria, la supervivencia como grupo humano y la preservación del patrimonio cultural de un pueblo indígena⁵⁹ y se refiere a la “tierra” como un mero factor de producción: *“el acceso a la propiedad a las comunidades debidamente inscriptas y dispone que la adjudicación en propiedad será de tierras*

⁵⁸ Sancionada el 30/09/1985.

⁵⁹ Ni la ley 23.302 ni la ley 26.160 refieren a los pueblos indígenas como sujetos de derecho.

aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal... ”⁶⁰.

Posteriormente, se sancionó la ley 26.160⁶¹ que declara la emergencia de las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas (suspendiendo los actos tendientes a la desocupación de estas tierras), e impone a la autoridad de aplicación (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) la realización de un “*relevamiento técnico — jurídico— catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas*”.

En el artículo siguiente, establece que “*...la posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada*”⁶².

Sin embargo, a pesar de ser mucho más reciente, tampoco recepta en forma clara los estándares acuñados en el ámbito interamericano. Esto ha generado un sinnúmero de cuestionamientos alrededor del significado que debe asignársele al adjetivo “actual”⁶³. Término que no ha sido empleado ni por la Comisión ni la Corte Interamericanas como pauta para delimitar el derecho de propiedad comunitaria indígena.

Por otra parte, no asigna consecuencias jurídicas al relevamiento “técnico jurídico catastral”. Puede presumirse que será la base para la posterior entrega de un título de propiedad. Pero lo cierto, es que esta ley no establece un procedimiento ni administrativo ni judicial para entrega de un título de propiedad comunitaria. Y en consecuencia, no se establecen reglas para resolver los conflictos que puedan presentarse con terceros o cuándo el derecho a la restitución de las tierras de ocupación tradicional permanece a pesar del tiempo transcurrido.

Aún cuando estos estándares son plenamente exigibles en ámbito interno, ello no suple la obligación del Congreso de la Nación de legislar en la materia⁶⁴. Dada la gran cantidad de demandas irresueltas en relación al reconocimiento de la propiedad comunitaria, se torna imperativo y prioritario avocarse a esta tarea.

⁶⁰ Artículo 7.

⁶¹ Sancionada el 1/11/2006. Su vigencia fue prorrogada por las leyes N° 26.554 y N° 26.894.

⁶² Artículo 2.

⁶³ Para un desarrollo más exhaustivo de la cuestión ver: Kosovsky, Fernando. “Cuestionamientos “Actuales” en Torno a la Ley 26.160”, ponencia presentada en “Jornadas Patagónicas de Derecho Indígena en Comodoro Rivadavia el 7/10/2013. <http://www.derechosindigenas.org.ar/>

⁶⁴ Los instrumentos de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (como en la especie la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) en el artículo 75 inc. 22, rigen en el ámbito interno “*en las condiciones de su vigencia*”. Es decir, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, tal como la sostenido la Corte Suprema de Justicia en numerosos pronunciamientos (Fallos 318:514 “Giroldi”; Fallos 321:3555 “Acosta”; Fallos 329:518 “Reinoso”, etc.)

BIBLIOGRAFIA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH) “La situación de los derechos humanos de los Indígenas en las Américas” OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 20 octubre 2000. Disponible en: http://www.cidh.org/indigenas/Cap.1.htm#_ftn2

CIDH - “La situación...”, op. Cit
Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Casos citados:
-Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001
-Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
-Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
-Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones Y Costas).
-Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
-Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio De 2012 (Fondo y Reparaciones), párr. 159.

KOSOVSKY, Fernando. “Cuestionamientos “Actuales” en Torno a la Ley 26.160”, ponencia presentada en “Jornadas Patagónicas de Derecho Indígena en Comodoro Rivadavia el 7/10/2013. Disponible en: <http://www.derechosindigenas.org.ar/>

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

APUNTES SOBRE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Darío Rodríguez Duch⁶⁵

El presente trabajo propone introducirnos en un breve análisis de la situación legal actualmente instituida respecto de los territorios indígenas dentro del sistema jurídico, correlacionando las situaciones de legalidad y legitimidad en torno a los distintos tipos de posesiones que sobre sus territorios vienen experimentando los distintos pueblos indígenas.

Para ello, comenzaremos por describir someramente la evolución del concepto de territorio indígena en la legislación nacional, pasando luego a desarrollar los alcances de la misma en relación con el debido reconocimiento que hoy corresponde a la luz de la nueva normativa constitucional e internacional.

1. ANTECEDENTES

Durante los últimos 200 años los Estados, español primero, y argentino y chileno después, debieron mantener la paz con los pueblos de la Patagonia a través de Tratados celebrados entre partes iguales, de Lonko a Rey primero y de Lonko a Presidente luego, reconociéndole así la categoría de Pueblo Nación y donde cada uno se comprometía a respetar el territorio del otro. En dichos tratados se respetaba, además,

⁶⁵ Abogado –integrante de la AADI– Asesor Comisión de Población y Desarrollo Humano del Senado de la Nación.

la jurisdicción de los pueblos indígenas dentro de un extenso territorio cercano a un millón de kilómetros cuadrados, comprometiéndose entonces los Estados “blancos” a respetar las costumbres, cosmovisión y territorios de esos pueblos.

Ya la Constitución Argentina de 1853 trataba el tema con notorio simplismo, al limitarse en la redacción de su art. 67 inc. 15 a habilitar al Congreso para: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”¹. Vale consignar que ésta norma estuvo vigente hasta el año 1994 en que se optó por suplantarla por el nuevo texto del art. 75 inc. 17. Si bien resulta notoriamente primitiva, representa sin embargo un reconocimiento a quienes estaban detrás de las “fronteras” en las cuales había que “proveer seguridad”.

Aquel derecho que sería impuesto a “todos los pueblos del mundo que quieran habitar en suelo argentino” (Preámbulo de la Constitución Argentina), estaría pensado para quienes vinieran, precisamente, del resto del mundo. Lejos estaban de ser considerados en manera alguna los indígenas, para quienes quedaba solo la condena a la muerte, la miseria y el destierro.

A ello le seguiría la sanción del Código Civil Argentino de 1863, el que propondría al derecho de propiedad romano-germánico como nuevo paradigma de la relación que los hombres deberían tener con las “cosas”, dentro de las cuales incluía a las tierras y territorios indígenas, condenando a través de esta nueva concepción jurídica a la pérdida casi absoluta de los territorios de los pueblos indígenas.

Nada decía Vélez Sarfield (autor del Código Civil) respecto de ningún sujeto de derecho que pudiera existir en cabeza de comunidad originaria alguna. Mucho menos incursionaría en la posibilidad de regular algún tipo de posesión indígena que permitiera hablar de “propiedad comunitaria” o de noción análoga.

Esta situación no resultaba caprichosa en manera alguna. Antes bien devenía coherente con aquella ideología imperial-conservadora dominante en estos países a fines del S. XIX y principios del XX, a través de la cual se debían brindar todas las garantías a los grandes inversores extranjeros y a quienes contaran con los mayores medios económicos para alambrar la mayor cantidad de campo, en complicidad con los distintos gobernantes, con la supuesta excusa de “colonizar el desierto”. Baste para ello con las siguientes citas del General Julio Argentino Roca (Director de la “Conquista del Desierto” o “Campaña contra el indio” en Argentina) quien hallaba clima de aceptación suficiente para expresar ante el Congreso Nacional Argentino frases tales como:

No cruza un solo indio por las extensas pampas donde tenían sus asientos numerosas tribus... y el valor de las tierras sube en proporciones inesperadas. En las márgenes del río Negro, muchos de los indios prisioneros o sometidos son hoy peones a jornal... las tribus desaparecen y el salvaje se subordina a las exigencias de la civilización... y los restos de tribus se les presentan sumisos, entre ellas las del famoso Namuncurá... que hoy está en la capital de la República acogido a la clemencia del gobierno.” (Ib. Mensaje del 06.05.1884)².

*Habiendo llegado nuestras divisiones al punto de la cita, al país de las Manzanas, al país del Vellochino de oro en las leyendas del desierto, **dejando así libres para siempre del dominio del indio esos vastísimos territorios, que se presentan ahora llenos de deslumbradoras promesas, al inmigrante y al capital extranjero.** (Ib. Mensaje del 08.05.1881)³.*

2. NOCIÓN Y ALCANCES DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

El tipo de posesión que adoptan las comunidades indígenas respecto de sus territorios tradicionales, a los que consideran sagrados, adopta formas sensiblemente distintas a la de los Códigos Civiles y demás legislaciones internas de los Estados que regulan sobre minería y propiedad de los recursos naturales.

En este sentido, podemos advertir que la misma espiritualidad inherente a la cosmovisión indígena, así como la especial relación de estos pueblos con su entorno, impide a sus miembros realizar una transformación masiva, forzada y lesiva de la naturaleza, lo cual convierte en conteste su accionar con la actual normativa medioambiental internacional.

Esto es así, en razón de que los integrantes de los pueblos originarios no se refieren a sus territorios, ni a los recursos naturales que se hallan en los mismos, como simples bienes económicos, puesto que aquellos no se encuentran formando parte de un mercado ni resultando objetos intercambiables por otros bienes.

Sucede, en cambio, que el respeto que todos ellos experimentan hacia la integridad de la naturaleza, en tanto le confieren a sus distintas manifestaciones el más alto valor dentro de su religiosidad, sintiéndose parte de la misma; es el mismo que les impide realizar grandes cambios que alteren su sustancia y la correlación de las distintas entidades, a las que al mismo tiempo veneran. Por ello, el mayor hincapié para comprender la particular relación de los pueblos originarios con sus territorios debe instalarse en la espiritualidad y en su estilo de vida comunitario.

De hecho, suele hablarse de que se considera “invisibles” a los pueblos indígenas, en el sentido de la escasa o nula alteración del entorno natural que se ha producido dentro de los territorios cuyos recursos se encuentran administrados o cuidados por las comunidades originarias, en tanto su vocación demostrada a lo largo de miles de años ha sido siempre la de respetar la correlación de las fuerzas que allí conviven. De allí la consabida frase con la que suelen identificarse: *“La tierra no nos pertenece, nosotros pertenecemos a la tierra...”*

El senador Paez de Colombia definía que: *“El territorio no es simplemente el espacio geográfico delimitado por convenio...El territorio es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesionan como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con*

*identidad. Existe una reciprocidad entre él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee éste. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones de un espacio rico en recursos y lleno de memoria”⁴ (Jesús Piñakwe en: Dirección General de Asuntos Indígenas DGAI - Ministerio del Interior, Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC y Ministerio de Justicia y del Derecho. 1997:34. *Del Olvido Surgimos) para Traer Nuevas Esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*. Imprenta Nacional. Santa Fe de Bogotá).*

La Organización Nacional Indígena de Colombia lo resume también en términos muy precisos cuando expresa: “...occidente postula el desarrollo como instrumento para conquistar la escasez y se traza como metas la acumulación, el crecimiento económico y la productividad. Por su parte, los pueblos indígenas motivados, no por el producir más, sino por el mejor vivir, consideran que el desperdicio y el exceso son prácticas que lastiman la armonía de la vida”.

En tanto allí es donde se encuentran sus raíces y donde toman sentido sus celebraciones religiosas; será también el espacio que se encuentra reservado a su linaje familiar y a las tumbas de sus antepasados, constituyendo un territorio indígena el sitio señalado para desplegar la identidad y la cultura de un pueblo originario, su desarrollo personal y espiritual y su proyecto colectivo.

3. ¿DERECHO REAL O PERSONAL?

Cuando hablamos de la propiedad comunitaria indígena entendemos que no se cumplimentan los requisitos que el mismo derecho privado ha propuesto para la constitución de los derechos reales, en tanto el objeto de éstos últimos deben ser “cosas” que estén “en el comercio”, tratándose de derechos con contenido básicamente patrimonial y de índole económico.

Sin embargo, cuando hablamos de un instituto jurídico tan particular como la propiedad comunitaria indígena consideramos que nos hallamos mucho más cerca de los derechos denominados “personales”, categoría sustancialmente distinta esgrimida por el mismo Vélez Sarsfield al regular los derechos de la personalidad, en tanto resultar inmateriales y pertenecientes a otros aspectos de la vida de las personas. A pesar de ello, de adentrarnos en dicho análisis surge que tampoco éstos últimos serían aplicables propiamente al caso porque la identidad real de una propiedad comunitaria indígena es, precisamente, su carácter comunitario y no “personal”, constituyendo la relación de las comunidades y pueblos con su territorio un vínculo esencialmente cultural, con alto contenido espiritual y no intercambiable por otros bienes en el mercado.

Para explicitar la esencia de los derechos reales, nuestro Código Civil nos dice que “se llaman cosas en este código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor...”(art. 2311). Sin embargo, los objetos inmateriales no son cosas sino bienes, y a ellos no les son aplicables los derechos reales (art. 2312). En el mismo sentido estipula el Código que “Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión.

Los bienes que no fueren cosas no son susceptibles de posesión” (art. 2400). En virtud de los puntos que describiremos en el presente artículo, el carácter que los indígenas brindan a su territorio no resulta meramente material y, contrariamente a lo que estipula el Código, sus componentes no se hallan “en el comercio”.

En función de que el modo indígena de poseer un territorio resulta absolutamente diferente al modelo de posesión derivado de la cultura europea dominante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2008, en el caso de la comunidad Eben Ezer de la provincia de Salta, dijo que la 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, costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, derechos consuetudinarios, su vestimenta, filosofía y valores”*⁵ (CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta – Ministerio de empleo y la producción s/ amparo” del 30 de septiembre de 2008, C.2124. XLI, p.4)

Para describir las sustanciales diferencias que la propiedad comunitaria indígena observa en relación con el instituto tradicional de la propiedad individual, basta analizar la descripción que del derecho de dominio hace Vélez Sarsfield en el aún vigente artículo 2506 del Código Civil, definiéndolo como *“el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona”*.

Por su parte, durante las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se arribó a la conclusión de que la posesión y la propiedad indígenas constituyen conceptos nuevos que los desnaturalizan como derechos reales, teniendo en cuenta su rango constitucional y autónomo del derecho civil: *“la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el artículo 75 inc. 17 C.N. hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”*⁶ (Conclusión VI; XVII Jornadas de Derecho Civil).

En definitiva, la doctrina resulta conteste en que la reparación histórica que representó en favor de los pueblos indígenas la reforma a la Constitución Nacional de 1994, debe ser tratada con mucho cuidado de modo que no implique un retroceso, toda vez que el derecho objetivo ha cambiado significativamente y hoy se exige que el problema indígena se resuelva con nuevas normas de derecho público dictadas en consecuencia y, sólo supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado.

Para mayor abundamiento, nos aclara la actual Ministro de la Corte, Dra. Helena Highton, que: *“la propiedad comunitaria reconocida a las comunidades no afecta el derecho a usar, gozar y disponer de una cosa, lo que varía es el modo de ejercicio. En este modo particular de ejercicio los comuneros se encuentran vinculados por lazos de solidaridad siendo cada uno de ellos dueños de la totalidad de la cosa, con las restricciones que impone la explotación comunitaria y las exigencias de la justicia social... Una propiedad tal debe poder perpetuarse como la comunidad a que ella sirve de donde la inalienabilidad y la indivisibilidad son las garantías de estabilidad y seguridad económica del grupo...”*⁷ (Helena Highton, “El camino hacia el nuevo

derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”).

4. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL

Vale aclarar a esta altura un concepto que resulta esencial a la hora de comprender el verdadero status jurídico de las tierras o territorios que ocupan las comunidades indígenas. *“La propiedad de los territorios indígenas está directamente reconocida por la Constitución Nacional. Dado que el art. 75 inciso 17 de la misma es plenamente operativo en virtud de los argumentos descriptos “ut supra”, dicha operatividad se manifiesta, en este caso, como una INTERVERSIÓN del título que ostenta el Estado nacional, provincial o municipal, en el sentido de que su única obligación es la regularización de ese dominio a nivel registral. Por tanto, el mismo texto constitucional establece que los inmuebles ocupados por indígenas pasan a ser bienes tradicionalmente incluidos en el patrimonio de las comunidades indígenas. La regularización lo es sólo en beneficio del propio Estado, quien a raíz de la intervención dominial, se muestra reteniendo una calidad registral que no tiene en la realidad del derecho, hallándose gravado, por lo tanto con el deber de exteriorizar la realidad jurídica: la propiedad comunitaria indígena⁸. (conf. Dr, Agustín Pestalardo en dictamen al gobierno de Jujuy de enero de 1998).*

La solicitud de estos títulos de propiedad comunitarios constituye, sin embargo, el último paso en el reconocimiento que los Estados Nacional y Provincial decidieron realizar en favor de las comunidades indígenas, atento una cuestión política de manejo de los recursos y, más mediáticamente, de “costos”. La confección de dichos títulos, sin embargo, simplemente es un derecho que corresponde a cada Comunidad en atención al art. 14 del Convenio 169 de la O.I.T. que revela:

Art. 14: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan... Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión...”⁹.

Al respecto revela la ley 23.302 en su art. 7 *“Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad...”* Agregando luego en su art. 8 que *“La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras...El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos...”¹⁰.*

La propiedad, para las comunidades indígenas tiene la particularidad de poseer un carácter Comunitario, por ello es que el Estado reconoce hoy a las comunidades el carácter intransmisible e inenajenable de sus tierras y no las somete a ningún tipo de

gravámenes o embargos. Los títulos y las mensuras se confeccionan en forma gratuita y la remoción de los miembros que conforman cada Comunidad se determina a través del Estatuto en Asamblea de la misma.

Dice el Convencional Constituyente Díaz (Convención Nacional Constituyente, inserción solicitada a la 29° reunión, 3° Sesión Ordinaria, 11 de agosto de 1994, Apéndice) que *“el art. 75 inc. 17 otorga rango constitucional a dos cuestiones innovadoras en nuestro sistema jurídico 1. El otorgamiento de status de sujeto de derecho a las comunidades de los pueblos indígenas como ente colectivo especial (pero que en nada afecta la situación jurídica de los indígenas como personas individuales) y 2. La aceptación de una relación nueva y distinta entre esos sujetos colectivos y la tierra. Y que los Convencionales entienden que este modo tradicional de posesión comunitaria que practican los pueblos indígenas no cabe en las palabras del Código Civil vigente y que el fin de reconocer esa relación a nivel constitucional evita el conflicto entre los dos sistemas jurídicos cuando permite que ello se resuelva con la prescripción oportuna de una serie de normas específicas que respeten tal modalidad específica. Entonces estamos diciendo claramente que el Congreso de la Nación debe hacerse cargo de que hay un modo diferente de ejercer la posesión de la tierra y que deberá dictar las leyes que aten las consecuencias jurídicas a este modo diferente”*¹¹.

Es de destacar que las leyes referidas no deben definir el derecho real ya reconocido a las comunidades sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, sino sus consecuencias jurídicas. Dice más adelante *“Reconocer a esos sujetos colectivos que son las comunidades, la posesión comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan. Esto implica legislar los consecuentes jurídicos del hecho de la posesión comunitaria y la propiedad también comunitaria de las mismas”*.

Por su parte la Convencional constituyente en la 2da inserción agrega que la diversidad cultural –a la que adscribe toda la reforma– enraíza directamente con el hecho de continuar viviendo, los pueblos originarios, en su tierra ancestral como comunidad. Que la propiedad de la tierra garantiza a los indígenas la posibilidad de preservar su acervo cultural y que como vínculo histórico, religioso y espiritual ella deviene un derecho fundamental.

5. LA NULIDAD DE LOS TÍTULOS OTORGADOS A TERCEROS SOBRE TERRITORIO INDÍGENA

Una de las situaciones que suelen darse más asiduamente en relación con la propiedad legal de los territorios indígenas es la aparición de terceros adquirentes argumentando contar con un título, o “mejor derecho”, sobre una porción de tierra que las propias comunidades que la poseen ancestralmente, exhibiendo para ello sendos permisos de ocupación, y hasta títulos de propiedad, otorgados por los poderes públicos estatales, generalmente provinciales o nacionales

En función de contar con dichos documentos pretenden impedir los tradicionales actos posesorios de las comunidades sobre sus territorios y hasta, llegado el caso, promover el desalojo de sus integrantes como “intrusos”, promoviendo para ello acciones civiles de desalojo y de reivindicación, y hasta denuncias penales por usurpación.

De esta forma, el vocablo “título” es utilizado desde su mero sentido documental o formal como instrumento externo probatorio del dominio, desconociendo el carácter de causa legítima de transmisión o adquisición de un derecho real que sí ostentan las comunidades indígenas por el hecho de ejercer su posesión en forma tradicional.

Sin embargo, y a pesar de los documentos con que algunos funcionarios han premiado a quienes jamás pusieron un pié sobre dichas tierras, cabe siempre hacer valer que, aún en nuestro antiguo Código Civil, el “propietario” de un inmueble es quien posee título de propiedad, debidamente confeccionado por escribano autorizante, perfeccionado por la tradición (artículos 577, 2.383 y 3.265 del Código Civil) e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia (artículo 2.505 del mismo cuerpo legal).

Casi sin excepciones, se dan en los procesos de confección de estos “títulos” numerosas violaciones a las normativas locales y, cuando las hay, a las leyes que abordan la cuestión indígena, lo cual transforma dichos títulos en nulos de nulidad absoluta e insanable.

Como norma general, los títulos que se expiden en cada provincia suelen requerir de un procedimiento más o menos complejo para su validez, tales como las mensuras previas con presencia de los interesados en terreno, el respeto por los deslindes con los vecinos, la publicación de edictos, la notificación a todos los interesados y la mención de si existen ocupantes o no.

En algunos casos, se debe respetar incluso el denominado “pacto de preferencia” a través de una cláusula especial consignada en el mismo título, en virtud del cual debe prevalecer el derecho que corresponde a los indígenas ocupantes a la adjudicación en propiedad de las tierras “cuya posesión detentan” (art. 11 ley provincial 2.287 de Río Negro) o en favor de la provincia cuando existan situaciones de “utilidad pública”. Observando a simple vista los antecedentes de cada caso, suele detectarse fácilmente cómo se han violado groseramente la mayoría de estos procedimientos para la expedición de esos documentos que invocan los terceros “de buena fe”¹².

Si a esto le sumamos la circunstancia de que el derecho real de propiedad se hallaría perfeccionado solamente con la efectiva Tradición (entrega de la posesión) de la cosa (art. 577, 2.383 y 3.265 C.Civil), consideramos que para todos los casos que afecten a pobladores indígenas, ninguna escritura puede haber sido otorgada en forma válida atento el Hecho de su posesión “*ánimus dómni*”, la que nunca han abandonado, no permitiendo entonces el debido perfeccionamiento de dichas tradiciones en favor de terceras personas, dado que la comunidad jamás se las ha otorgado.

Podemos traer a colación, a su vez, las normas del mismo Código Civil Argentino en lo que hacen a la materia. Sobre el particular el artículo 577 dice “*Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real*”, a su vez completa el 3.265 que “*Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición ...*”, a lo que el 2.383 agrega que “*Para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles, no estando el adquirente en la*

simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome”¹³.

Por tanto, en virtud de esta clara falta de cumplimiento de los requisitos esenciales para la confección de dichos títulos, los mismos deberán ser considerados por el sistema legal como nulos de nulidad absoluta, cediendo necesariamente ante la legitimidad generada a raíz de cualquier acto posesorio que en forma tradicional realice un solo miembro de una comunidad indígena.

A pesar de la validez de algunas de estas herramientas jurídicas que brinda la tradicional noción de propiedad privada regulada por el viejo Código Civil, no debemos dudar que la cuestión de los nuevos títulos comunitarios debe ser abordada desde la nueva normativa constitucional expresada por el art. 75 inc. 17 y los art. 14 a 19 del Convenio 169 de la OIT, en tanto imponen a los Estados reconocer a los pueblos indígenas *“la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”*¹⁴ (75 inc. 17), así como la propiedad de las tierras *“a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia...”*¹⁵ (art. 14 Convenio 169 de la OIT).

6. EXPEDICIÓN DE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD COMUNITARIOS

El artículo 14 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT resulta preclaro a la hora de establecer la responsabilidad de los Estados parte por el reconocimiento de los territorios indígenas en la legalidad de sus instituciones, cuando dice: *“Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión...”*¹⁶.

En estas condiciones, resulta evidente la obligación que pesa sobre los Estados (nacional y provinciales) de regularizar la propiedad que las comunidades vienen detentando sobre sus territorios tradicionales, expidiendo para el caso los respectivos títulos de propiedad comunitarios.

También queda definido que la confección de los mismos, tanto como la realización de los respectivos planos de mensura y estudios de títulos previos sobre el terreno, quedan a cargo de la misma Administración Pública, no pudiendo trasladar ninguno de estos costos sobre el patrimonio de las comunidades, atento resulta el mismo Estado, conforme el propio sistema jurídico por él instaurado, quien genera esta necesidad en las comunidades, que durante miles de años no necesitaron de título escrito alguno.

De la misma noción de preexistencia, se deriva a su vez la imposibilidad que tendrá el Estado de gravar con impuestos ni gravámenes de ningún tipo a dichos territorios regularizados, así como de habilitar cualquier división, enajenación, transmisión o embargo de un solo metro cuadrado de los mismos que atente contra su integridad.

La regularización de esta propiedad comunitaria a través de la expedición de los correspondientes títulos constituye además una obligación legal para el Estado, que podrá incluso incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios, y hasta penal, en virtud de los daños que pudieren padecer las comunidades que, por falta de los mismos, sufrieran el menoscabo de la integralidad de sus territorios o de sus recursos naturales.

7. LA EXTENSIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA HACIA EL SUBSUELO Y EL ESPACIO AÉREO

Esta noción integradora del concepto “territorio”, en tanto espacio necesario y esencial para el desarrollo y transmisión de una cultura ancestral, no permite separar en la cosmovisión indígena entre el suelo y el subsuelo. Tampoco escinden las comunidades dentro de su concepto de territorio a su espacio aéreo, incluyendo entre sus partes al mismo cosmos, con el que conforman necesariamente sus fuerzas y lo integran.

Tal carácter involucra, a su vez, a otro tipo de elementos constitutivos del hábitat, aquellos comúnmente denominados “recursos naturales” tales como el agua, los animales, las plantas, los árboles o los minerales, que por la misma razón forman parte de un todo integrado con el resto.

Respecto de ese “microcosmos” al que otorgan un sentido necesariamente religioso, deberá observarse el mismo respeto que se reconoce por la simple “superficie” de sus tierras, siempre y cuando los Estados pretendan brindar el debido cumplimiento hacia los derechos internacionalmente reconocidos a los pueblos indígenas.

No puede ser de otra manera para casos en que, como por ejemplo el pueblo mapuche ubicado al sur de Chile y Argentina, existe una categorización precisa de las diferentes capas y niveles de su “mapu” (tierra). Así, se habla del “Wente Mapu” como el conjunto de niveles espaciales que involucra de alguna manera un territorio indígena, mencionándose así al “Puji Mapu” como a la tierra que inmediatamente se ubica debajo de los pies y que genera los frutos necesarios para la subsistencia. Sin embargo, esa tierra próxima se hallará secundada por una tierra mucho más profunda, en sentido material y espiritual, denominada “Minche Mapu”, la que jamás podrá ser afectada en modo alguno sin dañar con ello al resto del “ixofijmogem” o biodiversidad. También componen esa misma “mapu” el denominado “Ragiñ Wenu Mapu” o espacio aéreo inmediato y el “Wenu Mapu” o espacio aéreo lejano que incluye a las capas superiores de la atmósfera y el cosmos.

Ninguno de todos ellos podrá ser afectado sin alterar el orden establecido y dañar al “ixofijmogem” (biodiversidad), por lo que cualquier actividad que comprometa de alguna manera a cualquiera de estos niveles estará vulnerando la totalidad de los niveles de esa misma mapu o territorio, dañando así el ecosistema y produciendo una herida insanable sobre las personas (“che”) que habitan dicho sitio y reproducen su cultura dentro del mismo, dado que el “che” comparte el espacio del wentemapu con numerosas formas de vida, no constituyendo en manera alguna el centro del wajmapu (universo mapuche).

Mientras los Estados pretendan aplicar con coherencia las nociones de preexistencia, interculturalidad y respeto por la identidad de los pueblos indígenas que consagraron a través de sus propias Constituciones, así como mediante la ratificación de los distintos Instrumentos Internacionales que hoy regulan la materia, no podrán permitir la afectación de la integridad de ninguno de los elementos que constituyen la integralidad de los territorios indígenas.

8. LA ECONOMÍA COMUNITARIA INDÍGENA Y LA EXPLOTACIÓN DEL SUBSUELO

Una de las principales amenazas que vienen sufriendo durante los últimos años, tanto los territorios como las prácticas culturales indígenas, ha sido la instalación de un modelo de economía “globalizada” que fija para el desarrollo pautas y valores tendientes a la inclusión en el mercado de los territorios y a la “integración” de las culturas indígenas al resto del mundo. Tal extremo tiende a desestructurar los elementos fundacionales de las pueblos indígenas, tales como sus territorios, su identidad y su cultura, permitiéndose así, mediante legislaciones internas de fomento en extremo permisivas, el ingreso de megaemprendimientos que no solo afectan la superficie, espacio aéreo y subsuelo de los mismos, sino que acentúan un proceso de descomposición de las culturas.

Son las mismas comunidades indígenas las que, a la hora de determinar cuáles son las prioridades en sus procesos de desarrollo (art. 7 del Convenio 169 de la OIT), proponen alternativas diametralmente opuestas a la explotación de los elementos del subsuelo, construyendo su economía sobre pilares que no resulten lesivos de la naturaleza y las fuerzas que la conforman.

Lejos están, entonces, de los ideales de alta productividad, del fomento al individualismo como política de desarrollo, de la acumulación como bien en sí mismo y de la noción de “escasez de recursos” como excusa para la hiperexplotación de sus territorios.

Fundarán, en cambio, su motivación en vivir simplemente con lo que la vida y la naturaleza les exigen para cubrir sus necesidades básicas y desarrollarse en armonía con el medio que los rodea. Cualquier desperdicio de recursos naturales o excesos en el consumo de cualquier tipo serán elementos altamente nocivos que alterarán necesariamente sus vidas al impedirles recuperar la armonía, esencial en toda cultura indígena para lograr el desarrollo pleno de sus familias y comunidades.

9. RECONOCIMIENTO DE LA PREEXISTENCIA Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS RESPECTO DEL TERRITORIO

El reconocimiento de la trascendente noción de “preexistencia”, regulado en el primer párrafo del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional Argentina y que ya mencionara el artículo 1, inc. b del Convenio 169 de la OIT, exige que los Estados nacionales deban partir del respeto a la existencia de culturas que rondan por el continente americano, al menos, por 50 veces más tiempo que los mismos Estados que hoy pretenden imponerles sus leyes.

“Reconocer la preexistencia” implica admitir que la vida y forma de organización que los pueblos indígenas se vienen dando proviene desde miles de años a la fecha, dentro de cuyo contexto los Estados nacionales de América vinieron a conformarse hace relativamente poco tiempo por estas tierras. Por tanto, no se encuentran hoy los Estados en condiciones de desconocer toda una historia y organización política que responden a complejas cuestiones de identidad cultural y al devenir de siglos de evolución, de una evolución distinta que la forjada en el seno de los países europeos.

Reconociendo la preexistencia, no puede inferirse, por lógica, más que la diferente situación jurídica de la que gozan las comunidades originarias respecto de cualquier otro tipo de organización o sujeto de derecho, al igual que la especial relación de las mismas con su territorio y recursos naturales.

Como particular ejemplo de la noción de preexistencia, resulta útil referir que durante los Siglos XVI a XIX, los Estados, español primero, chileno y argentino después, debieron mantener la paz con los pueblos de la Patagonia a través de Tratados celebrados entre partes iguales, de Estado a Estado, de Lonko (autoridad política del pueblo mapuche) a Rey primero y de Lonko a Presidente luego, reconociéndole así la categoría de Pueblo Nación y donde cada uno se comprometía a respetar el territorio del otro. En dichos tratados se respetaba, además, la jurisdicción de los pueblos indígenas patagónicos dentro de un extenso territorio, comprometiéndose entonces los Estados “blancos” a no avanzar sobre las costumbres, cosmovisión y territorios de esos pueblos¹⁷ (“Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, Convenios y Tratados con Indígenas en Pampa y Patagonia, 1742-1878”. IWGIA, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Claudia Briones, Morita Carrasco”).

No menor resulta el dato de que, entre los años 1854 y 1860 en que la Provincia de Buenos Aires se mantuvo al margen de la “Confederación Argentina”, la denominada “Confederación Salinera” que involucraba a numerosas comunidades mapuches bajo una misma organización política y que mantenía bajo un absoluto poder indígena a cerca de 500.000 kilómetros cuadrados, contaba con una oficina o “Embajada Mapuche” en la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, por entonces única capital reconocida de la que luego sería la República Argentina. Casi 30 años más tarde, el Estado argentino a través de su ejército dispondría la invasión del amplio territorio y la guerra contra esos mismos indígenas que daría en llamarse “Conquista del Desierto”.

Un fallo judicial firme de la Provincia argentina de Río Negro describe con precisión esta noción cuando dice: *“La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17 de la Constitución Argentina), toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil argentino). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional”*.

“Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable (artículo 75 –inciso 17– de la Constitución Nacional). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria...”

*“El vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etcétera: ver, por ejemplo, Salas-Trigo Represas, “Código Civil Anotado”, comentario a los artículos 2789 y siguientes). Aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado”*¹⁸. (Autos: “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo, Expte. 14012”, Fdo: Emilio Riat, Juez Civil, Comercial y de Minería n° 5 de la III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, sentencia del 12 de agosto de 2004).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Estado de Nicaragua” del 31/8/01 revela que *“La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tienen efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado... El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Es decir que no se les debe exigir la presentación de títulos formales de propiedad, bastando el hecho mismo de la ocupación tradicional de sus territorios. Este hecho originario, una vez comprobado, opera como causa y título formal de sus derechos de propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”*.

Como corolario de lo antedicho, en el mismo Fallo la Corte Interamericana establece a su vez una obligación negativa para los Estados que influirá necesariamente sobre la materia que nos ocupa, en cuanto protege expresamente la integridad de los territorios indígenas y determina la imposibilidad de menoscabar los recursos naturales existentes en los mismos, en tanto: *“Fundamentalmente y hasta tanto se concrete esa obligación primaria (delimitación, demarcación, titulación y registro de territorios indígenas)*

*se impone la obligación del Estado de abstenerse de ejercer –por sí o por medio de terceros que actúen con su tolerancia o aquiescencia– actos que pudieran afectar la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes que eventualmente quedarían comprendidos dentro de dicha delimitación geográfica”*¹⁹(Sentencia Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, párr. 173, punto resolutivo 4).

Resultaba tibio a este respecto, en cambio, el contenido del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales al decir que: *“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida...”*

Muestra de este modo un criterio de protección relativa en materia de recursos naturales en cabeza de comunidades indígenas, toda vez que continúa reconociendo la propiedad estatal de los minerales y otros recursos en territorios indígenas, estableciendo en tal caso *“procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados...”* Tal aplacamiento de la protección legal que nos brinda el mismo Convenio 169 de la OIT obedecía a las razones políticas que por el año 1989 generaban el dictado del citado instrumento en el seno de un nuevo “mundo globalizado” con los criterios de mercado liberados sobre la caída de un bloque opositor.

En sentido concordante, cuando la Constitución Nacional Argentina refiere en su artículo 75 inc. 17 que corresponde al Congreso asegurar la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales: *“no consagra a favor de las comunidades indígenas la propiedad de los recursos naturales y se limita a garantizarles la participación en la gestión de ellos. La fraseología constitucional no es disonante con la adoptada por la Convención 169 de la OIT, que el vocablo “gestión” es suficientemente amplio como para comprender la “utilización, administración y conservación” que predica el Convenio. Quiere decir, que la Constitución no modifica el régimen general de propiedad de los recursos naturales y de ese modo, por ejemplo, los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional (art. 1ª de la ley 17.319). También es necesario realizar la discriminación que efectúa el Código de Minería (t.o. por Decreto 456/97) entre minas de primera, segunda y tercera categoría, atribuyendo la propiedad de las dos primeras al dominio privado del Estado nacional o provincial (art. 2 a 7)”*²⁰ (“Propiedad Indígena”, Jorge Alterini, Pablo Corna y Gabriela Vázquez, Editorial de la Universidad Católica Argentina, pág. 186).

Por ello, mucho más contundente y específico en cuanto al alcance de la noción jurídica de preexistencia resulta el contenido de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recientemente aprobada en la Asamblea General de la ONU, en

tanto su artículo 26 nos revela muy claramente que: **“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. 2. “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”. 3. “Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”**²¹.

Dicha normativa nos permite proponer, al menos para los territorios indígenas, una urgente revisión del carácter de “propietarios de los recursos del subsuelo” desde donde se plantearon históricamente los Estados nacionales respecto de los demás particulares superficarios.

Corresponderá, de momento, la aplicación del principio “*pro homine*” a la hora de establecer el plexo jurídico aplicable a tan controvertida cuestión, respetándose para el caso la normativa más protectora de las comunidades afectadas.

Comienza así en el mundo del derecho la discusión que podrá derivar en una deslegitimación de los Estados para conservar el carácter de propietarios absolutos de los recursos naturales, mineros o hidrocarburíferos para los casos en que éstos se encuentren ubicados dentro de territorio indígena.

10. LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU RELACIÓN CON LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Hablar de Pueblo nos permite remontarnos a la idea de una historia y una cultura en común, de un territorio y sus recursos, de una lengua y tradiciones, tanto como de un propio proyecto colectivo.

Dicha noción de Pueblo se encuentra íntimamente relacionada con la de autonomía, en tanto parte del respeto de una identidad que le brinda el derecho de regir sus propios destinos, sin por ello constituirse en Estado, pero sí pudiendo administrar y disponer de su territorio conforme sus únicos y exclusivos criterios de desarrollo.

Resulta preclaro el concepto aún vertido por los artículos “1” de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando reconocen que **“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales...”**²².

Sin embargo, se establece un contundente freno a la autonomía y a las aspiraciones de los pueblos indígenas cuando el inciso 3 del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, establecía que *“La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”*.

El reclamo por este tipo de reconocimiento viene realizándose desde las organizaciones indígenas a lo ancho y largo de todo el mundo. Ya en 1988 una organización de Australia mencionaba: *“Definimos nuestros derechos en términos de libre determinación. No estamos buscando desmembrar sus Estados y ustedes lo saben. Pero insistimos en el derecho de controlar nuestros territorios, nuestros recursos, la organización de nuestras sociedades, nuestros propios órganos de decisión y el mantenimiento de nuestras culturas y modos de vida”*²³. (Declaración de la Coalición Nacional de Organizaciones Aborígenes de Australia en la 75ª sesión de la Conferencia de la O.I.T. 13 de junio de 1988).

Por ello, vienen a arrojar una nueva luz en tal sentido las disposiciones previstas en los artículos 3 y 4 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se revela que: *“Art. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Art. 4: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”*²⁴.

Ya en la introducción del documento, adopta tal criterio cuando refiere que la Asamblea General de Naciones Unidas... *“Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos...Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades...”*.

En la misma dirección se ha orientado la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena (1993:17) cuando declara que: *“Entendemos la libre determinación como el derecho que tienen nuestros pueblos a poseer, controlar, administrar y desarrollar un territorio –actual o ancestral– jurídicamente reconocido y respetado, dentro del cual un pueblo, sin inferencias de ninguna especie, desarrolla, recrea y proyecta todos los aspectos de su cultura particular y específica. En esos territorios nuestros pueblos aplican su propio modelo y opción de desarrollo según sus propias concepciones cosmogónico-filosóficas de la economía y de su relación con la naturaleza, controlando efectivamente los recursos del suelo y del subsuelo”*²⁵.

En el mismo sentido, la Declaración de Bariloche de octubre de 2007 en el marco del II Congreso Latinoamericano de Parques Nacionales y Áreas Protegidas reflejó como

prioritario el *“Solicitar a la UICN (Unión Mundial para la Naturaleza) que considere la integración del concepto de Territorios Indígenas de Conservación como un modelo legítimo de gobernanza de áreas protegidas establecidas en territorios ancestrales de pueblos indígenas, independientemente de la categoría de manejo, reconociendo en dicho modelo la integración de cultura y naturaleza, el papel del derecho consuetudinario, la institucionalidad tradicional y el ejercicio de la autoridad indígena en tales territorios”*²⁶.

En función de lo expuesto, podemos concluir en que no resultan asimilables los reconocimientos a la preexistencia, la autonomía, la identidad cultural, la propiedad comunitaria y la integridad de los territorios de los pueblos indígenas propuestos desde los distintos instrumentos internacionales, con el actual sistema de propiedad privada y con las legislaciones mineras y de recursos naturales vigentes.

11. CONCLUSIONES FINALES

Podemos afirmar que existe un nuevo status jurídico en cabeza de los territorios indígenas, teniendo en cuenta que si bien los pueblos vienen ocupando tradicionalmente sus territorios ancestrales recién durante las dos últimas décadas se ha operado un notorio reconocimiento jurídico al carácter y alcance de los mismos. En este sentido, tanto los instrumentos internacionales como las constituciones nacionales, y la jurisprudencia, han evolucionado en dirección al verdadero alcance que debe implicar un reconocimiento real hacia la preexistencia y autonomía de los pueblos indígenas.

Algunos esfuerzos por adecuar la legislación a los casos concretos se han visto claramente reflejados en numerosos fallos de jurisprudencia en que los jueces logran hacer valer su facultad de intérpretes del derecho a través de la selección y aplicación coordinada de las distintas normas. En este caso, el juzgador cuenta con la invaluable posibilidad de analizar el derecho conforme la jerarquía de las normas de que dispone, pudiendo dejar de lado normativas subalternas que no se adecuen a las constituciones o Tratados Internacionales y dictando fallos ejemplares que pueden lograr algunos objetivos parciales.

Sin embargo, tal reconocimiento no se ha visto traducido hasta el momento en el dictado de nuevas leyes o regulaciones que transformen las normas reglamentarias y de fondo al calor de dichos principios, persistiéndose en una inadecuación normativa que vicia de inconstitucionales a dichas normas.

Podemos observar verdaderos abismos entre los cánones de derecho hoy reconocidos en relación con el contenido de la mayoría de los Códigos de fondo y de forma de los distintos países. En este sentido, particularmente grave se torna la situación cuando las normas, hoy desactualizadas, resultan ser las leyes vigentes referidas al carácter de la propiedad privada sin hacer salvedad alguna para el concepto distintivo que merecen los territorios indígenas, para la suerte de los recursos naturales o genéticos, para el desarrollo de la minería a cielo abierto, el cuidado del ambiente o el manejo de los territorios ubicados en Parques Nacionales y otras Áreas Protegidas.

La mayor parte de esas diferencias se derivan de las viejas concepciones instaladas respecto del derecho de propiedad, así como de la inadecuación normativa observada en relación con la propiedad estatal de los recursos del subsuelo.

Las políticas de fomento que desde los años 90' vienen desarrollando muchos países vienen ahondando dicho abismo en perjuicio de los derechos de los pueblos indígenas, promoviendo indiscriminadamente actividades extractivas en pos de un supuesto "desarrollo". Así, las normas protectivas de los territorios indígenas resultan por completo desoídas por los funcionarios que poseen incumbencia en materia de recursos naturales, en tanto de ese modo los grandes negocios resultan promovidos y garantizados desde el mismo Estado.

A pesar del gran paso que logró darse con la otrora regulación del derecho de consulta a través del Convenio 169 de la OIT en los procesos administrativos y legislativos que pudieran afectarles; tal derecho vino a ser debidamente complementado mediante el nuevo estándar jurídico de "libre consentimiento, informado y previo", por medio del cual resulta necesaria la correspondiente y completa información de las comunidades involucradas, así como la participación en todo el proceso previo de elaboración, diseño y evaluación de cualquier relevamiento territorial, proyecto o emprendimiento susceptible de afectarles directa o indirectamente, luego de lo cual solo podrá obtenerse su consentimiento real e informado para la expedición del correspondiente título de propiedad comunitario.

Uno de los principales desafíos para salvaguardar sus derechos será el lograr que los distintos Estados adecuen y actualicen esas viejas normas que hoy aparecen violentando los nuevos principios del derecho indígena, garantizando así la integridad de los territorios a través del reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena.

Para ello deberán protegerse también todos los elementos que componen el mundo territorial indígena, desde la atmósfera hasta el subsuelo, desde los recursos biológicos hasta los mineros, desde los elementos materiales hasta los espirituales; a los fines de permitir un correcto juego del multiculturalismo con las diferencias nacionales y étnicas y tornando a las nociones de autonomía y autodeterminación en una realidad palpable.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Constitución Argentina de 1853, artículo 67, inc. 15.
- 2.- Mensaje de Julio Argentino Roca al Congreso Nacional, 06.05.1884).
- 3.-Idem. Mensaje del 08.05.1881.
- 4.-Jesús Piñakwe. Dirección General de Asuntos Indígenas DGAI - Ministerio del Interior, Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC y Ministerio de Justicia y del Derecho. 1997:34. *“Del Olvido Surgimos para Traer Nuevas Esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena”*. Imprenta Nacional. Santa Fe de Bogotá.
- 5.- CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta – Ministerio de empleo y la producción s/ amparo” del 30 de septiembre de 2008, C.2124. XLI, p.4.
- 6.- “XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”(Conclusión VI).
- 7.- Helena Highton de Nolasco, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”.
- 8.- Dictamen del Dr, Agustín Pestalardo al gobierno de Jujuy, enero de 1998.
- 9.- Art. 14 de la Ley Nacional 24.071/92 “Apruébase el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”.
- 10.- Artículo 7 de la Ley Nacional 23.302/85. Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Indígenas.
- 11.- Intervención del Convencional Constituyente Díaz. Convención Nacional Constituyente de la República Argentina, inserción solicitada a la 29° reunión, 3° Sesión Ordinaria, 11 de agosto de 1994.
- 12.- Artículo 11 de la Ley provincial 2.287 de Río Negro “Integral del Indígena Rionegrino”. 1988.
- 13.- Código Civil Argentino, artículos 577, 3.265 y 2.383.
- 14.- Constitución Nacional Argentina, artículo 75, inc. 17.
- 15.- Artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.
- 16.- Artículo 14, inc. 2, del Convenio 169 de la OIT.

17.- “Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, Convenios y Tratados con Indígenas en Pampa y Patagonia, 1742-1878”. IWGIA, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Claudia Briones, Morita Carrasco”.

18.- Autos: "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo, Expte. 14012”, Emilio Riat, Juez Civil, Comercial y de Minería n° 5 de la III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, sentencia del 12 de agosto de 2004.

19.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, párr. 173, punto resolutive 4.

20.- “Propiedad Indígena”, Jorge Alterini, Pablo Corna y Gabriela Vázquez, Editorial de la Universidad Católica Argentina, pág. 186.

21.- Artículo 26 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU 2007.

22.- Artículos “1” de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ONU, 16 de diciembre de 1966.

23.- Declaración de la Coalición Nacional de Organizaciones Aborígenes de Australia en la 75ª sesión de la Conferencia de la O.I.T. 13 de junio de 1988.

24.- Artículos 3 y 4 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU 2007.

25.- Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena (1993:17).

26.- Declaración de Bariloche de octubre de 2007. II Congreso Latinoamericano de Parques Nacionales y Áreas Protegidas.

DESARROLLO INDÍGENA Y PROPIEDAD COMUNITARIA

Rodrigo Sebastián Solá⁶⁶

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de desarrollo está cargado de ideologías e intereses particulares. Habitualmente se nos presenta de modo ascético y como la meta de un camino recto al que podemos alcanzar con solo seguir de forma adecuada una serie de indicaciones, desde cualquier nivel. Sin embargo esta noción fue construida de modo consciente y planificado mediante acciones políticas institucionales y sociales para sostener una matriz de desarrollo de unos países centralizados a costa del empobrecimiento de los países periféricos. Esta matriz, que se impone como modelo a copiar, se abastece de la extracción irracional de recursos naturales, avanzando aceleradamente sobre territorios comunitarios.

Pero así como existen diferentes nociones de dignidad o manifestaciones de derecho en función de las comprensiones del mundo por parte de distintos colectivos sociales, entendemos que también es posible –y necesario–, sostener diversos modelos de desarrollo relacionados con la cultura particular de cada pueblo. Se trata de reconocer la diversidad cultural y la riqueza humana que ello encierra. En este sentido, los pueblos indígenas han sostenido un modelo particular que relaciona de manera holística a los

⁶⁶ Abogado. Delegado Regional NOA de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena. Máster en “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo”. Tutor de la Maestría en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Salta. Miembro Investigador del Centro de Investigaciones Socio-Educativas del Norte Argentino – CISEN como parte del Programa de Estudios Antropológicos y Jurídicos de Derechos Indígenas (Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Salta).

seres humanos, a la tierra, a la naturaleza y al cosmos. Para garantizarlo defienden el concepto de posesión y propiedad comunitaria como instituto jurídico que les permite asegurar el sostenimiento, ampliación y consolidación de los ámbitos de su cultura. De esta manera limita e impone respeto frente a intentos de imposición de modelos ajenos. Esta noción se asocia con una visión armónica e integradora que permite desarrollar relaciones sociales sostenibles y al mismo tiempo conservar una espiritualidad capaz de mantener viva la relación con la Tierra. A su vez sostienen la necesidad de fortalecer su capacidad autonómica de decisión para guiar su propio desarrollo en ejercicio de la autodeterminación.

Esta perspectiva nos permite, y exige, ocuparnos de las especificidades identitarias estructurales de los pueblos indígenas sostenidas desde diferentes anclajes cosmovisionales, es decir como una identidad netamente colectiva que se entiende culturalmente a sí misma y al mundo. A partir de su comprensión, ellos organizan y estructuran políticamente sus vidas colectivas e individuales.

En este trabajo esbozaremos en líneas generales nociones relacionadas con la visión clásica del desarrollo y diferentes reacciones críticas a las mismas. Se intentará contraponer el modelo de desarrollo hegemónico basado en un sistema capitalista con la visión particular de las comunidades en la que se presenta como parte de una concepción integradora con sustento en la tierra, identidad y valores comunitarios, vinculada íntimamente con el instituto jurídico de la posesión y propiedad comunitaria indígena.

2. CONCEPCIÓN CLÁSICA DE DESARROLLO

Es casi un lugar común indicar que el sistema capitalista y su concepción del desarrollo se encuentran en crisis. La situación a la que se ha llegado no es casual, sino consecuencia del accionar de siglos sobre la sociedad, para instalar un modelo particular creó su propia teoría de la democracia y también del desarrollo. Para destruir lo social concibió individuos aislados que actúan por impulsos egoístas, generando un mito y construyendo un relato que justifica el uso de la violencia para imponerse a escala global, dejando al margen grandes colectivos con un enorme acervo social y cultural. Empezaremos señalando que a medida que el sistema capitalista fue instalándose a escala planetaria, los países potenciaron su nivel de vinculación e intercambio de capitales, mercancías y conocimientos. La preocupación por el desarrollo se encuentra vinculada a dos fenómenos complementarios: el universo filosófico de la modernidad y el cambio productivo derivado de la Revolución Industrial.

Si el triunfo de la razón y del conocimiento científico sobre otros procesos de aproximación a la realidad supuso la consolidación de una forma específica de entender la sociedad y sus relaciones con la naturaleza, las enormes capacidades de transformación surgidas de la industrialización vinieron a corroborar las posibilidades de pensar en términos de progreso universal, desterrando el pesimismo y el conformismo de épocas anteriores, caracterizadas

*por la escasez y por el dominio de las explicaciones del mundo basadas en la intuición o la religión*⁶⁷.

Al contrario de las ideas iluministas que suponían que la llegada de las formas de producción y culturas europeas propiciarían el crecimiento de los países más atrasados económicamente, lo que sucedía era que la brecha entre los más ricos y los más pobres se ensanchaba. En este sentido los países industrializados durante el siglo XX (Gran Bretaña, EEUU, Alemania, Francia, Japón) presentaron un grado de evolución enormemente superior al demostrado por aquellos países que no habían alcanzado a manufacturar sus productos o recién comenzaban a hacerlo. Es decir, que mientras unos países, los de mayor industrialización, crecían en riqueza, poderío económico y mejoraban los niveles de vida de la población, otros parecían no avanzar de la misma manera.

La llamada economía del desarrollo propiamente dicha como rama de la economía general surgió a mediados del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial, una vez recuperado el interés por los asuntos a largo plazo. Esta corriente entroncaba con las ideas keynesianas dominantes en la época, con la consiguiente preocupación por el desequilibrio y la desocupación o subocupación de recursos, presentes en las mencionadas economías.

Se acuñó el concepto de “*desarrollo económico*” como aquel aplicable normalmente “*a los países menos desarrollados y que se refiere al proceso por el cual elevan su producción per cápita, ya sea aumentando su stock de bienes de capital, mejorando las técnicas de producción y las calificaciones de los trabajadores, o por otros medios*”⁶⁸. Claro está que por entonces el concepto se hallaba circunscripto a los países, estando los pueblos indígenas invisibilizados en el concierto internacional como posibles sujetos de derechos o actores de desarrollo.

Pensaron que se había encontrado la respuesta a los problemas humanos, la clave era el crecimiento económico realizable sin dificultades gracias a los métodos de regulación de la demanda y medibles a través de los índices del Producto Nacional Bruto por habitante. La idea de desarrollo se asocia así a una economía industrial, con modernas técnicas de producción en todas las áreas, con buenos niveles de consumo, de salud y de educación para una parte importante de la población (Attali, Domenech, Morin).

Por oposición, el subdesarrollo se relaciona con la escasa industrialización, el uso de técnicas productivas anticuadas y el desequilibrio entre sectores modernizados y tradicionales, tanto productiva como culturalmente. Los países subdesarrollados son caracterizados además por contar con grandes parcelas de la población en estado de pobreza, estar administrados por gobiernos débiles y/o corruptos, deficiencias en servicios públicos y tener un sector empresarial poco dispuesto a realizar inversiones o introducir innovaciones en el ámbito productivo. Sus productos son en consecuencia

⁶⁷UNCETA S, Koldo, *Desarrollo, Subdesarrollo, Maldesarrollo y Postdesarrollo. Una Mirada Transdisciplinar sobre el Debate y sus Implicaciones*. Montevideo: Carta Latinoamericana CLAES N° 7, 2009, página 4.

⁶⁸ROFMAN, Alejandro; ARONSKIND, Matías y otros, *Economía. Las ideas y los grandes procesos económicos en el tiempo. La economía argentina contemporánea*. Buenos Aires: Editorial Santillana, 2000, página 203.

poco elaborados y no requieren en su proceso de producción de mano de obra calificada⁶⁹.

Sobre esta base ideológica Walt Whitman Rostow, uno de los sostenedores de las teorías del desarrollo, sostuvo que todos los países desarrollados habían atravesado una serie de etapas de forma más o menos similar y sistemáticamente, que iban generando las condiciones necesarias para una suerte de “despegue”. Una vez acumuladas las condiciones empresariales, tecnológicas y productivas suficientes, el crecimiento avanzaría de forma permanente. Se desenvuelve un proceso natural o camino recto a seguir por cualquier país replicando los procesos económicos que ya emplearon históricamente los más aventajados (Rofman, Aronskid). El desarrollo así entendido demanda la integración y organización creativa de todos los recursos nacionales para poner en marcha los procesos de acumulación en sentido amplio.

3. REACCIONES A LAS TEORÍAS CLÁSICAS DE DESARROLLO

Esta perspectiva ha demostrado limitaciones teóricas y metodológicas para afrontar los problemas que condicionan el bienestar humano y el futuro de las nuevas generaciones. Es por ello que se han ido abriendo paso nuevos enfoques que cuestionan los lineamientos clásicos e intentan dar respuesta a las necesidades reales de la humanidad. Las primeras corrientes no vinieron a cuestionar a la idea del crecimiento sino a señalar limitaciones del planteamiento.

Desde la Comisión Económica para América Latina–CEPAL, órgano técnico creado por la Organización de las Naciones Unidas en 1948 para realizar estudios e informes sobre la situación regional, se realizaron severas críticas al modelo de desarrollo. Esta comisión, dirigida por Raúl Prebisch, planteó un nuevo enfoque que luego aplicaron a sus realidades países en condiciones similares de Asia y África. Se puso en el tapete que si bien los países se encuentran interrelacionados no lo están en la misma posición. Los países industrializados capitalistas, a los que denominan el centro, manejan la economía mundial, tienen los mayores niveles de producción, controlan los mercados de productos industriales y agrícolas. Dominan además las instituciones internacionales y el sistema financiero mundial. Desde ese lugar se ocupan de importar materias primas y exportan luego productos industrializados.

En la década de los sesenta tuvo repercusión la “teoría de la dependencia” que sostenía que el subdesarrollo era producto de una situación muy compleja, gestada en la época colonial y madurada luego de los procesos independistas, en la que los países periféricos dependían en lo económico, en lo político, en lo cultural y en lo militar de los países desarrollados. Este vínculo se considera perjudicial por cuanto debilita las economías y las vuelve dependientes de los préstamos y recursos internacionales. No encuentran salida al subdesarrollo en el cumplimiento de recetas de países desarrollados sino que deben romperse los vínculos de dependencia y aprovechar los propios recursos y capacidades.

⁶⁹ROFMAN, Alejandro; ARONSKIND, Matías y otros, *Las ideas y los grandes procesos económicos en el tiempo. La economía argentina contemporánea*, Buenos Aires: Editorial Santillana, 2000, página 103.

En la misma época desde una perspectiva liberal se sostenía que los problemas del subdesarrollo no vienen dados por la dependencia sino por la excesiva intervención estatal en la economía que desalentaba al sector privado a producir. Así, debía asumirse el lugar que correspondía en el plano internacional conforme a los designios del mercado, especializarse en la producción de materia prima y dejar que subsistan las empresas industriales capaces de competir internacionalmente eliminando las interferencias estatales como sistemas de protección o barreras arancelarias. Este pensamiento se impuso en Latinoamérica en las décadas siguientes, llegando incluso a sustituir el término “*desarrollo*” por el de “*crecimiento económico*”, es decir por el incremento de las cantidades producidas de bienes y servicios, sin importar si se efectúan mejoras cualitativas.

En los últimos tiempos se han cuestionado otros elementos claves. Se ha criticado que la medida del crecimiento esté dada por la evolución del producto bruto interno, que representa la riqueza producida por un país en el término de un año, por cuanto puede estar distribuida de forma desigual, de modo que algunos reciban una gran parte y otros poco o nada. Siguiendo esta lógica una economía estatal puede estar en un período de crecimiento conforme a los números de su producto bruto interno pero su población encontrarse en una situación peor que el año anterior si sus ingresos se redujeron.

El economista indio Amartya Sen emparenta el asunto con el gravísimo problema de la pobreza señalando que para evaluar avances o retrocesos en el nivel de vida de la población debería tomarse en cuenta el bienestar social, es decir la posibilidad que tiene la gente de acceder a ciertos bienes y servicios, como alimentos, vivienda, salud, educación, esparcimiento, etc., independientemente de las cifras que arroje el producto bruto interno. Su propuesta expande el concepto del desarrollo del simple crecimiento del PIB per cápita, a la ampliación de las capacidades y las libertades humanas.

De esta orientación surge el concepto de desarrollo humano como el “*proceso de aumentar las habilidades y las opciones de los individuos de manera que puedan ser capaces de satisfacer sus propias necesidades*”⁷⁰. De esta manera para medir el desarrollo de un país se utilizan indicadores como la natalidad o mortalidad infantil, nivel educativo, poder adquisitivo, etc.

También la preocupación por el cuidado del medio ambiente ha generado discusión en el ámbito de las teorías económicas haciendo hincapié en las consecuencias ecológicas de las actividades productivas. Fue célebre la publicación del informe “*Los Límites del Crecimiento*” (Meadows) que implicó una toma de conciencia sobre la cuestión. Allí se ponía de manifiesto las importantes afecciones negativas del modelo en forma “*de nuevas enfermedades y riesgos para la salud humana, como consecuencia de la contaminación del aire, de la mala calidad de las aguas, o de la congestión y el ruido, así como en la creciente preocupación por la destrucción de espacios naturales, todo lo cual dio origen al surgimiento de fuertes movimientos de protesta en algunos países*”⁷¹.

⁷⁰ SINGER, H., página 567.

⁷¹ UNCETA S, Koldo, *Desarrollo, Subdesarrollo, Maldesarrollo y Postdesarrollo. Una Mirada Transdisciplinaria sobre el Debate y sus Implicaciones*. Montevideo: Carta Latinoamericana CLAES Nº 7, 2009, página 13.

Buscando un concepto superador descubrimos el de desarrollo sostenible, vinculado al ecodesarrollo, que encierra la posibilidad de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos ni las posibilidades de las futuras generaciones.

Desde una diferente perspectiva otras corrientes plantean la necesidad de mayor equidad en el desarrollo en materia de género. Esther Boserup señala que las brechas registradas en la productividad laboral entre hombres y mujeres habían aumentado en los años sesenta, relacionándolo con las estrategias de desarrollo llevadas a cabo, que habían marginado a las mujeres respecto de las actividades productivas. Otros asuntos, como la consideración del trabajo en el hogar, y la asignación de roles en las distintas actividades económicas y sociales, fueron objeto de atención por distintas autoras, evidenciando el fracaso del desarrollo a la hora de procurar un mayor bienestar para las mujeres, pero también en lo referente a su marginación del proceso.

Considerando algunas de estas posiciones, en el año 1986 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, la cual prescribe en su artículo 1°:

El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

La Declaración considera a la persona humana como el sujeto central, participante activo y beneficiario del derecho al desarrollo. A su vez impone a los Estados la obligación de formular y ejecutar políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población.

Por último nos referiremos al etnodesarrollo como aquel enfoque crítico de las posturas dominantes de Occidente que sostiene una idea de desarrollo según las consideraciones identitarias de los pueblos indígenas. Sobre el particular nos explayaremos en el siguiente punto.

4. LA CUESTIÓN INDÍGENA Y EL DESARROLLO

La relación entre pueblos indígenas y desarrollo es de gran complejidad y no exenta de conflictos. Desde las organizaciones indígenas se ha presentado queja en distintas oportunidades en instancias internacionales por considerar que el modelo de desarrollo implementado en las políticas de cooperación es de carácter verticalista y hegemónico, basado en el crecimiento económico gracias a la inversión de capital. Se ha planteado en el Foro Permanente de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas que es necesario revisar el modelo de desarrollo y sus bases. Los representantes indígenas cuestionan la doble moral:

“mientras se reconocen las prácticas indígenas como sostenibles con relación al medio ambiente, de otro lado su saber se sigue conociendo como primitivo.

Mientras les exigen la conservación ortodoxa de los recursos en sus territorios, cada país industrializado sigue depredando y permitiendo que los más ricos sigan lucrando. Por ello cuestionan la falta de compromiso de los Estados en cumplir las obligaciones que han asumido con los pueblos indígenas y la preservación del planeta”⁷².

Tal como venimos marcando el desarrollo no es entendido en el mismo sentido que para las culturas occidentales ya que no está determinado por la capacidad de adquirir o acumular riquezas materiales o dinero sino por una relación armónica con la Naturaleza que trae aparejado el bienestar físico, cultural y espiritual, tanto a nivel individual como familiar y comunitario, administrando cuidadosamente los bienes naturales y mediante este proceso creando nuevas posibilidades para la satisfacción de sus necesidades, tomando en cuenta a todas las especies y a las generaciones venideras.

El reclamo de las comunidades y pueblos originarios es histórico. Así como las políticas públicas referidas a los pueblos indígenas radicaron básicamente en el exterminio o la asimilación, las políticas de desarrollo no escaparon a esta lógica. A las comunidades indígenas se les presentaba la siguiente disyuntiva: o bien se adaptaban al modelo impuesto por una cultura dominante (aún la de los países subdesarrollados) renunciando a sus modos identitarios o quedaban al margen de las políticas públicas de desarrollo. Sus culturas fueron consideradas inferiores o primitivas y por tanto, aplicando principios de integración o asimilación, se esperaba que mediante el apoyo de la cooperación al desarrollo evolucionaran y pudieran integrarse al resto de la sociedad, con los costes antes mencionados.

Los cuestionamientos de la CEPAL al modelo de desarrollo basado en el crecimiento económico no abordaron específicamente la cuestión indígena, pero abrieron la discusión sobre las falencias del concepto de desarrollo elaborado por los países industrializados (hasta entonces incuestionable). Esta apertura permitió que los pueblos indígenas se incorporaran al debate con una lógica diferente a la imperante basada en la división internacional del trabajo y el comercio internacional, sosteniendo conceptos de economía comunitaria, los cuales exigen respeto por las formas tradicionales de subsistencia en equilibrio con el medio ambiente. Introducen además las ideas de autonomía y autogobierno.

“Hacer efectiva la autonomía, en un escenario de tal determinismo de la sociedad dominante, implicaba la construcción de nuevos paradigmas y enfoques teóricos que posibilitaran ordenar las opciones de vida y de progreso de las comunidades étnicas, respetando sus valores y su autodeterminación como pueblos poseedores de una historia y unas instituciones dispuestas a hacerlas pervivir, utilizando la cultura como un elemento político que permite reivindicar la constitución de entes públicos con plenas competencias autónomas”⁷³.

⁷²BERRAONDO, Mikel, CHUJI, Mónica y otros, *Pueblos indígenas y cooperación internacional. Reflexiones a partir de realidades concretas en Ecuador y Colombia*. Madrid: Almáciga, 2012, página 20.

⁷³BERRAONDO, Mikel, CHUJI, Mónica y otros, *Pueblos indígenas y cooperación internacional. Reflexiones a partir de realidades concretas en Ecuador y Colombia*. Madrid: Almáciga, 2012, página 23.

En los años 1971 y 1977 se reúnen en Barbados líderes indígenas y antropólogos para discutir sobre la situación colonial y de dependencia de los pueblos indígenas. Se considera la necesidad de luchar por la liberación indígena, por los derechos humanos y por la eliminación del etnocidio⁷⁴. Alentados por estas reuniones y por la incorporación de representaciones indígenas en el Grupo de Trabajo sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas comienza a formularse una teoría del etnodesarrollo.

Así desde la década del setenta se trabaja sobre este concepto, en algunos casos limitados por el concepto de progreso, pero siempre respetuoso de la posibilidad de las comunidades indígenas de redefinirlo conforme a sus consideraciones y pautas culturales.

Bonfil define al etnodesarrollo como:

la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autonómica de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que se considere e implica una organización equitativa y propia del poder⁷⁵.

Es decir que cada comunidad como sujeto con identidad peculiar diferenciada con autoridad política en los límites de su territorio, es capaz de decidir en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo.

Estas teorías primigenias fueron luego enriquecidas, posicionando a las comunidades, organizaciones y pueblos indígenas como sujetos de desarrollo y no como objeto de políticas de desarrollo elaboradas sin su participación.

Desde el sistema de Naciones Unidas se toman estas aportaciones y varios agentes internacionales de cooperación incorporan la noción de autodesarrollo, como una forma de respeto a la autodeterminación de cada pueblo. Este enfoque es compatible con el del Desarrollo Humano. Señalaremos que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, principales instrumentos internacionales en la materia, siguen esta línea.

El Convenio 169 de la OIT reconoce en su preámbulo las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico como forma de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas plantea en la fundamentación la preocupación de la Asamblea de las Naciones Unidas por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias

⁷⁴Ver <http://www.nasdat.com/index.php?topic=3155.0;wap2>

⁷⁵BONFIL, Guillermo, *El Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización*. En *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*. Costa Rica: FLACSO, 1982, página 56.

necesidades e intereses y celebra que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran. Valora además el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas, los cuales contribuyen al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente.

A su vez, ambos instrumentos especifican que los pueblos indígenas en ejercicio de su autonomía y libre determinación tienen derecho a decidir sus prioridades de desarrollo y a participar en el diseño, ejecución y evaluación de los planes nacionales de desarrollo:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (inciso 7.1 Convenio 169).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 4 Declaración ONU Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo” (artículo 23 Declaración ONU Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas).

Habiendo sido los pueblos indígenas objetos de marginación, exclusión y confinamiento se exige a los Estados priorizarlos en lo referido a políticas generales de desarrollo, en especial en lo referido a trabajo, salud y educación:

“El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento” (inciso 7.2 Convenio 169).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones” (artículo 23 in fine Declaración ONU Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas).

Se requiere a los Estados, en caso de tener intenciones de ejecutar proyecto de desarrollo que pudiera afectarles, a realizar estudios de impacto social, espiritual y cultural, además de los ambientales:

“Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” (inciso 7.3 Convenio 169).

Con esta normativa como fondo es necesario convertir al desarrollo indígena, con sus características peculiares, en un objetivo del desarrollo nacional, dotar a las comunidades de autoridad para definirlo y conducirlo y garantizar la recuperación y fomento de sus capacidades (Iturralde).

5. DESARROLLO INDÍGENA Y PROPIEDAD COMUNITARIA

Desde la perspectiva presentada el desarrollo indígena se encuentra íntimamente vinculado con la noción de autonomía y solo podrá ejercerse en plenitud en tanto y en cuanto las comunidades indígenas gocen del acceso, uso, disfrute y control de sus territorios. Para garantizar el ejercicio de estas facultades se ha acuñado en términos jurídicos el concepto de posesión y propiedad comunitaria, cuya amplitud permite responder a las peculiaridades de las diferentes mentalidades indígenas.

A sabiendas que en otros capítulos del presente libro se aborda de manera específica el instituto de la posesión y propiedad comunitaria remitiremos allí en lo respectivo a su naturaleza jurídica, caracterización y garantías especiales, a los efectos de evitar repeticiones innecesarias. Aquí insistiremos en que la relación con la tierra y el ejercicio de la posesión y propiedad comunitaria es fundamental no solo para el desarrollo sino también para la supervivencia de los pueblos originarios. Lejos de la concepción individualista de las sociedades occidentales, las comunidades indígenas mantienen una relación especial con la tierra. Debe entenderse que todo el entramado social comunitario se asienta sobre esta particular cosmovisión y que la propiedad sobre la tierra no tiende solamente a asegurar medios de producción o acumular bienes sino a garantizar su propia existencia como comunidad con identidad diferenciada. Por todo ello, se garantiza la participación y la consulta previa indígena entendidas como derechos que asisten a las comunidades o pueblos indígenas a ser consultados de forma previa, libre e informada, a través de sus instituciones representativas y mecanismos apropiados, toda vez que se pretenda realizar una medida que afecte sus intereses.

En atención a esta relación se entiende que para garantizar el desarrollo indígena no es suficiente con reconocer y respetar a los pueblos originarios el derecho a la tierra sino también al territorio entendido éste como el espacio *“en el cual los pueblos indígenas pueden organizar su vida, garantizar la permanencia de su cultura, de sus valores, de*

su organización y de su subsistencia”⁷⁶, en un “*condensador simbólico de la unidad social, política y cultural del grupo*”⁷⁷. A su vez, el ejercicio de la autodeterminación les permite definir sus prioridades de desarrollo.

Para entender estas relaciones resulta necesario comprender el orden cosmovisional y cultural indígena como procesos con autonomía propia con lógicas económicas y políticas. Esto supone tener en cuenta que todas las culturas tienen concepciones propias sobre cómo entender la dignidad humana y a partir de allí desarrollan una serie de instituciones propias sustentadas en principios y valores que les permiten identificarse como sociedad.

En Argentina este derecho se encuentra consagrado en la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 17 al “*reconocer la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*”. Entendemos aquí desarrollo humano como desarrollo indígena, el cual respeta el nivel individual y además incorpora la dimensión social-comunitaria. Para reforzar las garantías necesarias para su ejercicio declara que la posesión y propiedad comunitaria no podrá ser enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

El Convenio 169 de la OIT recoge esta concepción prescribiendo en sus artículos 13 y 14 que el territorio indígena abarca la totalidad del hábitat que los pueblos originarios ocupan o utilizan de alguna otra manera. En este concepto se incluyen los espacios ocupados de modo permanente y aquellos que se aprovechan para determinadas actividades durante algún momento del año, el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo y todos los recursos naturales que existieren. En el mismo sentido, y completando la definición, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 26 inciso 2° prescribe que los pueblos indígenas “*tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*”.

Por su parte la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

*“protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”*⁷⁸ y que la “*estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica...*”⁷⁹.

En otras oportunidades, el Tribunal sostuvo que:

⁷⁶ LOPEZ, José L., *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Cochabamba: Centro de Culturas Originarias Kawsay, 2005, página 159.

⁷⁷ CARRASCO, Morita, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina*. Buenos Aires: IWGIA, 2000, página 3.

⁷⁸ Corte IDH, Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párrafo 148.

⁷⁹ Idem anterior, párrafo 149.

“... los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas puede tener una significación colectiva, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad...”⁸⁰

“...la protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”⁸¹.

Es decir que existe una relación inescindible entre tierras-territorios comunitarios, cultura y desarrollo indígena, debiendo ésta mantenerse de modo armónico para preservar las relaciones sociales, espirituales y económicas de las comunidades indígenas. Se advierte que en distintos territorios por presión de las empresas mineras, hidrocarburíferas, forestales y agropecuarias, mediante el uso de diferentes herramientas (desalojos, presiones, contaminación, etc.), las comunidades indígenas han sido empujadas a habitar espacios devaluados (orillas de ríos, sitios inundables, zonas urbanas marginales), significando esto la imposibilidad de proyectar su existencia, la disgregación comunitaria, la pérdida de su identidad y la consiguiente pauperización de su existencia.

Podemos citar como caso a los pueblos indígenas del Chaco salteño para quienes los bosques nativos o montes, por su riqueza sin igual (peces, animales de monte, frutos, miel, raíces, algarroba, plantas medicinales, etc.), constituyen desde tiempos inmemoriales el sustento necesario para su supervivencia y desarrollo. El monte es el sitio de transmisión de cultura de generación en generación, allí se hallan los antepasados, se encuentran los lugares sagrados y se desarrolla la identidad comunitaria en perfecta armonía con la Naturaleza. En las últimas décadas esta relación se vio afectada por un acelerado proceso de deforestación, como consecuencia de la explotación maderera, la expansión de la frontera agrícola y los proyectos de infraestructura encarados por las autoridades estatales para fomentar una y otra. El desmonte y la tala indiscriminada han restringido el acceso a los bienes naturales necesarios para el sustento de las comunidades, bien sea por su expulsión, contaminación de los suelos y agua, o mediante encerramientos en pequeñas superficies rodeadas de tierras arrasadas, no aptas para su subsistencia. Se afectó también directamente su identidad al privarles del contacto con su entorno sagrado y de reproducción cultural. Ello ha generado un estado de exclusión de las comunidades indígenas chaqueñas, colocándolas en situación de extrema vulnerabilidad que podría derivar en su desaparición como tales.

Sobre esta base podemos afirmar que impedir a una comunidad indígena el ejercicio pleno de su derecho a la posesión y propiedad comunitaria del territorio que ocupa, sea por su privación o menoscabo, implica una violación del derecho al desarrollo indígena y en general una sentencia de muerte comunitaria.

⁸⁰ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párrafo 149.

⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párrafo 91.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo planteamos que el concepto de desarrollo se concibió asociado al crecimiento económico, como presunta respuesta a los problemas de la humanidad. Se lo ha presentado como un proceso natural, un camino recto dirigido hacia el crecimiento continuo, caracterizado por la homogeneidad, temporal, acumulativo e irreversible. Este modelo tuvo diversas críticas, unas que cuestionan la imposición de un modelo hegemónico desde los países centralizados a otros de la periferia, otras por no considerar los efectos en el medio ambiente que produce, por promover condiciones favorables a la desigualdad en materia de género o por no tomar en cuenta las consideraciones identitarias de los pueblos indígenas.

En relación a estos últimos subrayaremos que los pueblos indígenas han planteado un modelo particular de desarrollo relacionado con la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autonómica de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, en territorios propios garantizados mediante el instituto jurídico de la posesión y propiedad comunitaria. Esta concepción se asocia con una visión armónica e integradora que permite desarrollar relaciones sociales sostenibles y al mismo tiempo conservar una espiritualidad capaz de mantener viva la relación entre seres humanos, naturaleza y cosmos. Una cuestión central es que tanto o más importante que la dimensión material, es la relación entre los pueblos originarios con sus territorios, porque reviste un carácter espiritual único: éstas son su hogar y su medio de subsistencia, el lugar en donde despliegan su identidad y su cultura. Allí, las comunidades indígenas desarrollan su vida en armonía con el medio ambiente, cuidando de no afectar el delicado equilibrio natural del que ellos mismos forman parte.

Es clara la oposición entre el modelo de desarrollo clásico instalado de modo hegemónico (vinculado si se quiere con el instituto de la propiedad individual), con la visión particular de las comunidades en la que el desarrollo es parte de concepción holística con anclaje en su territorio, cosmovisión y valores comunitarios, cuyo modo profundo reproduce una cultura y define una identidad preexistente al Estado. Antes que el desarrollo estratégico o crecimiento económico individualista el modelo de desarrollo comunitario es entendido como el conjunto de esfuerzos orientados a crear condiciones materiales y espirituales para realizar una vida armónica y feliz. Así el desarrollo indígena solo podrá ser entendido en forma comunitaria mediante mecanismos que permitan ejercitar la autonomía y autodeterminación, en sintonía con las fuerzas del universo y de la naturaleza. Y solo podrá hacerse efectivo en el marco de la posesión y propiedad comunitaria que asegure los territorios indígenas.

Es por ello que el derecho oficial ha reconocido y valorado esta particular forma de entender el mundo dictando al efecto regulaciones especiales respetuosas de la diversidad cultural que permitan a las comunidades indígenas desarrollarse conforme a sus pautas ancestrales. Desde esta lógica, entonces, no son posibles miradas parciales: la autonomía, la autodeterminación, el desarrollo, el territorio garantizado a través de la posesión y propiedad comunitaria, el universo, el tiempo, el espíritu y las proyecciones

trascendentales están integradas en un único concepto. En esta concepción radica gran parte de la fortaleza del mundo indígena.

BIBLIOGRAFIA

ATTALLI, Castoriadis; DOMENECH, J.M.; MASSE, P; MORIN E. y otros. El Mito del Desarrollo. Buenos Aires: Editorial Kairós, 1980.

BERRAONDO LÓPEZ, Michael. Derecho Humano al Medio Ambiente y Pueblos Indígenas. Dos Derechos con un mismo Fin; en MENÉNDEZ, Mario y otros Avances en la Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Madrid: Dykinson, 2004

BERRAONDO, Mikel, CHUJI, Mónica y otros. *Pueblos indígenas y cooperación internacional. Reflexiones a partir de realidades concretas en Ecuador y Colombia.* Madrid: Almaciga, 2012.

BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI.* Buenos Aires: Editorial Ediar, 1995.

BONFIL, Guillermo. *El Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas y de organización.* En *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio.* Costa Rica: FLACSO, 1982.

BOSERUP, Esther. *The woman's role in economic development.* Londres: George Allen and Unwin, 1970.

CARRASCO, Morita. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina.* Buenos Aires: IWGIA, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto.* Madrid: Catarata, 2005.

HIRSCHMAN, Albert. *Auge y ocaso de la teoría económica del desarrollo.* México: El Trimestre Económico 188, 1980.

ITURRALDE, Diego. *Desarrollo Indígena: los retos de final de siglo.* En GOMEZ, Magdalena (coordinadora). *Derecho Indígena.* México: INI – AMNU, 1997.

LOPEZ, José L., *Derechos de los Pueblos Indígenas.* Cochabamba: Centro de Culturas Originarias Kawsay, 2005.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. *Los pueblos indígenas ante la construcción de los Procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad.* En BERRAONDO, Mikel (Coord.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos.* Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

ROFMAN, Alejandro; ARONSKIND, Matías y otros. *Economía. Las ideas y los grandes procesos económicos en el tiempo. La economía argentina contemporánea.* Buenos Aires: Editorial Santillana, 2000.

SEN, Amartya. *Desarrollo como libertad.* Madrid: Editorial Planeta, 2000.

SVAMPA, Maristella.*La Disputa por el Desarrollo: territorio, movimientos de carácter socio-ambiental y discursos dominantes en Cambio de época. Movimientos Sociales Y Poder Político.* Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.

UNCETA S, Koldo.*Desarrollo, Subdesarrollo, Maldesarrollo y Postdesarrollo. Una Mirada Transdisciplinar sobre el Debate y sus Implicaciones.* Montevideo: Carta Latinoamericana CLAES N° 7, 2009.

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA DESDE EL DERECHO A LA IGUALDAD

Gonzalo García Veritá⁸²

RESUMEN

Con la Reforma de 1994 de la Constitución Nacional, se crea el bloque constitucional argentino, y se produce la definitiva erradicación de la fórmula del artículo 67 inc. 15 de la Const. 1853/60 por la actual norma de derechos indígenas del artículo 75 inc. 17, de esta forma con la inclusión de los tratados internacionales de Derechos Humanos y la norma indígena, se completa el diagrama constitucional anclado en la concepción de la autodeterminación de los pueblos indígenas y de la garantía constitucional debida a las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan.

La Propiedad comunitaria indígena (PCI) emerge como epicentro de políticas públicas en materia indígena del sistema constitucional federal condicionada por la entrada en vigencia del Convenio 169 OIT respecto de Argentina, que culmina de ubicar a la PCI dentro del damero del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

⁸² Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Mdo. En Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) sede México (México), y Mdo. En Ciencias Penales por la Universidad del Nordeste (Argentina). Es defensor de derechos humanos de pueblos indígenas del Nordeste Argentino y asesor en la materia de organizaciones estatales, indígenas y del tercer sector.

Es precisamente desde el Derecho a la Igualdad donde el presente busca los elementos basales de comprensión paradigmática de la PCI: la PCI importa un vínculo jurídico normativo entre el acceso a la tierra, los pueblos indígenas como sujetos de derecho, y el respeto a la vida digna.

1. INTRODUCCIÓN

El 20 de agosto de 2014 se cumplieron 20 años de la incorporación de los derechos indígenas a la constitución nacional argentina y la réplica en las constituciones provinciales no se hizo esperar. Las constituciones de las provincias con poblaciones indígenas incorporaron el estándar de protección con matices, que proponía el sistema nacional.

Comprender acabadamente el derecho a la identidad indígena alimenta los estudios de la Propiedad Comunitaria Indígena (PCI), promoviendo categorías de análisis concretas para establecer la forma y sustento de la vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, la que en el DIDH se conoce como la “especial relación” de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios.

A tal fin, se utilizan en el presente recursos propios de los teóricos de la igualdad, como el análisis de los modelos de igualdad y diferencia de Ferrajoli y la concepción de la No Discriminación como no sometimiento considerando especialmente la pertenencia de la Comunidad indígena a los grupos históricamente sometidos de Saba y Fiss.

Éste capítulo buscará dar cuenta de las bases de paradigmas de apoyatura que tiene la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunitaria indígena en el sistema constitucional argentino, esto es, se revisará la forma de comprensión del principio de Igualdad como No Sometimiento y las comunidades indígenas como sujeto de políticas públicas para proyectar sobre estos presupuestos la vigencia de la Obligación de Garantizar del artículo 75 inc. 17, que conforma el derecho a la PCI.

2. EL DERECHO A LA IGUALDAD

Es sabido que el derecho a la Igualdad ante ley es una de las primigenias normas establecidas en las fuentes constitucionales de la primera versión de la Constitución Nacional de 1853/60. Esto es debido a la base liberal de la primera constitución que mantenía los principios de las revoluciones burguesas del S. XVII y XVIII en las que el poder constitucional originario argentino se basó para la construcción de sus normas y la estructuración republicana del Estado Nacional.

El profesor Bidart Campos (1998) refería, respecto a la inspiración norteamericana de nuestra constitución nacional,

“Desde Estados Unidos de Norteamérica nos llega el rol de ejemplaridad de su constitución de 1787. La república y el federalismo nos sirven de inspiración, pero se institucionalizan en forma autóctona.” (Bidart Campos, 1998: 290)

El artículo 16 de la Constitución Nacional permanece incólume en la actualidad desde entonces, componiendo la parte dogmática de la carta magna,
“Artículo 160. La Confederación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. (Constitución Nacional, 1994)

Así las cosas, se ha dicho que la manda del artículo 16 implica un estándar mínimo de trato igual, o no diferenciado de la ley en cuanto a la asignación de derechos.

Concordantemente con esta norma, el bloque constitucional argentino (Artículo 75 inc. 22 CN), clarifica la norma desde los fundamentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH),

“Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (PICyP, 1968)

Esta es la base de cimiento de la construcción jurídica constitucional en materia de igualdad, y la forma en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) lo ha interpretado en la generalidad de los casos desde sus inicios, al decir de Saba (2008b),

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, inspirada en la jurisprudencia de su par de los Estados Unidos, estableció que las distinciones que el Estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basada en criterios tales como la nacionalidad, o el sexo, se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la constitución nacional en su artículo 16.” (Saba, 2008b: 696)

De esta forma, categorías tales como: edad, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, discapacidad, etc. han sido consideradas por la doctrina mayoritaria como categorías sospechosas, en el sentido que una distinción de ley fundada en ellas en principio es discriminatoria. Apelaré a la explicitación de las mismas que obra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrante del bloque constitucional, y que refiere,

“Artículo 2. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (PIDESC)

Es decir que la discriminación, de un sector de la población basada en alguna de las categorías referidas debe ser sometida a un test estricto al momento de considerar su constitucionalidad, porque como ha sostenido nuestra CSJN se presumen inconstitucionales dado que la ley fundamental no autoriza distinciones basadas en esas categorías.

No es la intención del presente explayarse sobre la configuración de las mismas, solamente se aclara a los fines de la continuación de la argumentación que el test de razonabilidad de estas categorías sospechosas deberá contener un análisis pormenorizado de su razonabilidad: la adecuación de los criterios de trato idéntico, la legitimidad de fines de la distinción y la proporcionalidad entre los medios y fines de la distinción (Bayefsky, 1990: 11).

Así las cosas, es evidente que el Estado puede hacer distinciones basadas incluso en la pertenencia a una de esas categorías con el fin de promover la ampliación y ejercicio de derechos. Es decir, que un fin compatible con los derechos humanos y la democracia, campeará la distinción en la inclusión social, el fortalecimiento del Estado de Derecho y la vigencia de los derechos humanos.

La manera de compatibilizar las distinciones con los derechos humanos se compone de la interpretación de la Igualdad desde una posición estructural, al decir de Saba, desde una visión sociológica de la igualdad, que tenga presente especialmente las relaciones de poder entre los grupos sociales y la diferente asignación de derechos que los procesos históricos y sociológicos han puesto a los diferentes grupos.

Para ello, el DIDH confirma la vigencia de las medidas afirmativas como estrategia jurídica concreta al servicio de la distinción legal para la igualdad. Con ello, se refiere explícitamente en diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos que el Estado está obligado a implementar medidas afirmativas que permitan la asignación diferenciada de derechos para grupos sociales históricamente sometidos o desventajados.

En éste sentido, la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) ha referido, conceptualizando y caracterizando a las medidas afirmativas (medidas especiales),

“Artículo 4 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.” (CEDAW)

En el terreno propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP por sus siglas en inglés) normativiza en todo su texto la referencia explícita a medidas eficaces, o especiales, cobrando relevancia el artículo 21 de la UNDRIP,

Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas. (ONU, 2007)

En suma, el Estado está obligado constitucionalmente al trato igual con la única excepción de que con ese trato igual se coadyuve a la consolidación de situaciones sociales, históricas, económicas o de cualquier índole que sean contradictorias con la democracia y los derechos humanos. Si el Estado a través del cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos de respetar, proteger, garantizar y promover (Serrano and Vazquez, 2014) promueve una brecha de desigualdad mayor respecto de los pueblos indígenas, o de cualquier otro grupo socialmente sometido, debe generar una norma de trato desigual puesta al servicio de la reducción del sometimiento de ese grupo, esto es la aplicación concreta de principio de Igualdad como no sometimiento (Saba, 2008; Saba, 2008b; Fiss, 1999; Fiss, 2002).

Para ese cometido, se sostiene una interpretación de la igualdad estructural, que es aquella que incorpora el dato sociológico al decir de Saba (2008), y que implica tener presente respecto a las comunidades indígenas la situación generalizada de vulnerabilidad de derecho por su condición socioeconómica condicionada por subordinación a otros grupos sociales que los han sometido (Filippi, 2009; Anaya, 2005)

Es importante tener presente que el derecho a la igualdad como no sometimiento implica la concepción de un sistema de derecho compatible con modelos de valoración jurídica de las diferencias (Ferrajoli, 2010). Es relevante recordar que para el profesor italiano, existen cuatro formas de abordaje de las diferencias en el derecho, esto es las diferentes configuraciones jurídicas de las diferencias: la indiferencia jurídica de las diferencias, la diferencia jurídica de las diferencias, la homologación jurídica de las diferencias, y la valoración jurídica de las diferencias.

Éste último modelo, el de valoración jurídica de las diferencias implica que,

“La igualdad en los derechos fundamentales se configura, según lo que se ha dicho al principio, como el igual derecho de todos a afirmar y a tutelar la propia identidad en razón del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de toda persona un individuo diverso de todos los demás, y de todo individuo una persona como todas las demás.” (Ferrajoli, 2010: 8)

Es decir que la forma propia del derecho a la igualdad, vinculándolo con los pueblos indígenas se basa en el igual respeto debido al diferente plan de vida comunitario de la comunidad, poniendo el Estado al servicio de la eliminación de las desigualdades de toda índole, que hicieron de los pueblos indígenas un grupo históricamente sometido.

3. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS COMO GRUPO HISTÓRICAMENTE SOMETIDO

La Constitución nacional reconoce que los pueblos indígenas preexisten al Estado Nacional, y de esta forma a la organización político legal del mismo. Son en ese sentido, sujetos políticos previos a la organización nacional y como tal se les reconoce dicha identidad.

La Identidad indígena de los pueblos originarios argentinos nace del propio texto constitucional y se proyecta sobre todo el Estado y las Provincias. De esta manera, el sujeto político colectivo (Bravo, 2012) constituye el epicentro de interpretación de la preexistencia. Los pueblos indígenas son sujetos constitucionales de derecho, preexistentes, autorreferidos, colectivos y protagonistas de políticas públicas.

Como refería, los pueblos indígenas son sujetos preexistentes a la organización política nacional, como hecho de la historia y como estructura jurídica. Como hecho de la historia nacional, los pueblos indígenas habitaban el territorio nacional y se encontraban en pleno desarrollo al tiempo de los procesos de unificación nacional, hecho coincidente con la literatura académica en general. A los fines de la presente obra, cobra relevancia la consideración de la preexistencia étnica y cultural como categoría jurídica. Es decir, que la fórmula constitucional implica una posición política y jurídica determinada en la organización del Estado.

La preexistencia indígena como argumento jurídico implica que el Estado debe a los pueblos un derecho subjetivo preexistente a su organización y por lo tanto primigenio. En orden a éste, los poderes del Estado deben vincularse con los pueblos indígenas como ciudadanos, es decir con apego a las leyes generales de la organización federal y provincial, y como sujetos preexistentes, con fuentes jurídicas autónomas que fueron o son dictadas de conformidad con el principio de autodeterminación indígena. La preexistencia es la fórmula constitucional por la que, con independencia de las fuentes del bloque constitucional o del DIDH, se conoce como la normatividad de la autodeterminación indígena en Argentina.

Por otro lado, los pueblos indígenas son *sujetos autorreferidos* del derecho, esto es una expresión del principio de autoidentificación indígena que se encuentra previsto especialmente en el bloque constitucional argentino a través de la Convención Internacional para la discriminación racial, quien a través de su órgano de supervisión tiene dicho en la Recomendación General N°VII,

“El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Habiendo examinado los informes de los Estados Partes sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, Opina que esa definición, si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada.” (CERD, 2000)

Completa el dadero el Convenio 169 OIT que en sus condiciones de vigencia es tenido por norma supra legal argentina (Artículo 31 CN)

“1. El presente Convenio se aplica: [...] b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.” (OIT, 1989)

Al respecto la profesora Dra. Yrigoyen Fajardo explica que,

“En el derecho internacional se identifica a los pueblos indígenas por dos elementos objetivos y uno subjetivo, como se desprende del Convenio 169 de la OIT. Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico (preexistencia de los pueblos a los Estados) y a un hecho actual (vigencia de sus instituciones propias). El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual).” (Yrigoyen Fajardo, 2011: 3)

De esta manera, ya el convenio 169 OIT como la Convención para la eliminación de la Discriminación Racial de jerarquía constitucional, integra un concepto político jurídico compatible con la igualdad como no sometimiento y como “criterio político, limitativo del poder estatal y vinculado a la libre determinación [de los pueblos indígenas]” (Gomiz and Salgado, 2010: 60).

Además y de forma concordante son *sujetos de políticas públicas*, dado que el derecho a la autodeterminación indígena permea el sistema de organización política del Estado, generando especiales obligaciones de consulta, participación y consentimiento en los ejes más importantes de articulación entre los pueblos indígenas y el Estado en cualquiera de sus órdenes.

De esta forma, los pueblos indígenas son titulares del derecho subjetivo a la construcción de su propio plan de vida digna, y el Estado debe ser custodio y promotor de que esa realidad jurídica pueda concretarse, a través del diseño de políticas públicas específicas que pongan en agenda principalmente los temas que el propio pueblo indígena defina como prioritarios.

Finalmente, los pueblos indígenas son *sujetos colectivos de derechos*, en el sentido que se les reconoce a todos sus individuos los mismos derechos y la misma extensión de los derechos que al todo, esto es compatible con el estándar de protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en los casos del pueblo Exnet-Lengua vs. Paraguay (Corte IDH, 2006; Corte IDH, 2005; Corte IDH, 2010; Bravo, 2012)

Ahora bien, como sujeto colectivo, los pueblos indígenas son un grupo social, y como se ha señalado previamente constituyen por sus condicionantes socioeconómicos, un grupo socialmente desventajado o sometido. Owen Fiss, ha señalado que las características de un grupo social socialmente desventajado es aquel que: “a) constituyen un grupo social; b) el grupo ha estado en una situación de subordinación prolongada; c) el poder político del grupo se encuentra severamente limitado”. (Fiss, 1999: 144)

En el mismo sentido, Saba expresa que:

“[La falta de accesibilidad a derechos es] el resultado de una situación de exclusión social o de "sometimiento" de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan” (Saba, 2008: 167)

De esta forma es posible concluir con los autores señalados que los pueblos indígenas constituyen un sujeto colectivo, autorreferido, preexistentes al Estado y autodeterminados, al tiempo que pueden considerarse un grupo socialmente sometido o desventajado donde las obligaciones del Estado entorno al derecho a la Igualdad son calificadas y matizan la forma de realización de los procesos de creación, adjudicación y promoción de derechos a los pueblos indígenas.

La Especial Relación indígena con la tierra y los territorios desde el Derecho.

“215. Esta situación de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Así lo indicó Marcelino López, líder de la Comunidad, “[s]i tenemos nuestra tierra también va a mejorar todo y sobre todo vamos a poder vivir abiertamente como indígenas, de lo contrario será muy difícil vivir”.

216. Debe tenerse en cuenta en este punto que, tal y como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura.” (Corte IDH, 2010, p. 56)

Desde el Informe Martínez Cobo (1986), la organización de las Naciones Unidas, llama la atención de los Estados a prestar especial atención a la especial relación que une a los pueblos indígenas con las tierras y territorios que ocupan tradicionalmente. A lo largo

del presente libro varios autores y autoras se referirán a las condiciones específicas del dicho estándar.

Es importante a los fines de este acápite que los pueblos indígenas como sujetos de derecho, con las características que se refirieron previamente, y bajo la lente del derecho a la igualdad como no sometimiento, son titulares de un derecho de propiedad especialmente relevante para su plan de vida digna.

Por Propiedad Comunitaria Indígena, entiendo el derecho humano de los pueblos indígenas (Corte IDH, 2001) con un estatus jurídico específico que busca priorizar y asegurar el entramado cultural y la forma especial de relación con las tierras y territorios (Corte IDH, 2010) que tradicionalmente ocupan estos pueblos y que consolida la vigencia del principio de la autodeterminación indígena (Anaya, 2005).

Se compone de al menos tres niveles específicos de protección como derecho humano bajo el sistema constitucional argentino, a saber, en un primer nivel las Tierras y Territorios que tradicionalmente ocupan, la posesión indígena, y la propiedad comunitaria indígena.

Las tres formas de protección constitucional son en substancia el mismo derecho, pero existe entre ellos una diferencia de grado jurídico de naturaleza procesal, por el que la forma del reconocimiento jurídico va variando desde la ocupación tradicional sin intervención de protección estatal hasta el reconocimiento jurídico de derecho público de la propiedad comunitaria indígena.

La existencia de plurales denominaciones en el orden del derecho público provincial argentino, no altera la fórmula constitucional en su substancia, porque como he referido previamente, la obligación de garantía del artículo 75 inc. 17 de la CN, pone al Estado en el deber de custodiar siempre la substancia del derecho, dejando la regulación procesal del mismo en un orden secundario de implementación. Es decir, que no importa a los fines de la existencia del derecho el nombre que el Estado Provincial le dé al derecho sino el grado de reconocimiento efectivo de la substancia del acceso a las tierras y territorios en el sentido del Convenio 169 OIT y de la UNDRIP. Importa considerar que el Estado Nacional y los Estados Provinciales tienen facultades declarativas de la existencia de éste derecho en sus territorios geográficos de competencia y que solamente por excepción de ley los Estados pueden crear propiedades indígenas en territorios que las comunidades indígenas no ocupan tradicionalmente (v.gr. situaciones de desplazamiento forzoso, situación de reparación histórica, etc.)

Es decir, y a manera de conclusión, que las tierras y territorios indígenas, en todos sus niveles de protección son materia de políticas públicas específicas para los Estados estando especialmente a la protección de la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios que se constituye en el basamento de la autodeterminación y la protección al plan de vida comunitario.

4. CONCLUSIÓN

“Ahí están festejando, la conquista de ayer, con mi propia bandera me robaron la fe, los del Remintong antes. Y sus leyes después (...) Vámonos, que el alambre y el fiscal pueden más Amutuy, sin mendigar...” (Hermanos Berbel)

Al principio del presente se sostuvo que el derecho a la igualdad respecto a los pueblos indígenas debe ser interpretado según los aportes de los teóricos de la igualdad, promoviendo una forma específica de interpretación del trato igual y la no discriminación.

Esta forma específica es la consolidación del derecho a la igualdad como no sometimiento de forma tal que el orden jurídico general debe estar al servicio de la destrucción de los obstáculos de la igualdad, y para ello es necesario un trato diferenciado de promoción y reconocimiento de derechos.

Los pueblos indígenas han sido reconocidos en Argentina como sujetos de Derechos, autorreferidos, colectivos y protagonistas de políticas públicas, haciendo nacer verdaderos derechos subjetivos colectivos al desarrollo por la autodeterminación.

Fue, es y será una tarea compleja fortalecer la reivindicación de derechos indígenas, y con ellos los planes de vida comunitarios en orden al respeto a la tierra y a los territorios que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas argentinas, dado que el Estado es quien debe por derecho realizar la debida protección de la propiedad comunitaria indígena.

Concluyendo resta apelar a la fórmula preambular de la constitución, para que de alguna manera la igualdad, los pueblos indígenas y sus derechos sobre sus territorios, puedan obtener una respuesta desde el Estado para la consolidación de sus planes de vida digna comunitaria, en definitiva de lo que se trata es de *afianzar la Justicia y el Bienestar General*.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, V. and COURTIS, C. (2000) 'Hacia la Exigibilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales.', in Carbonell, M., Cruz Parceró, J.A. and Vazquez, R. *Derechos Sociales y Derechos de las minorías*, México: Porrúa.

ANAYA, J. (2005) *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, 2nd edition, España: Trotta.

BAYEFSKY, A. (1990) 'El Principio de Igualdad o no Discriminación en el Derecho Internacional', *Human Rights Law Journal*, vol. 11, no. 1-2, pp. 1-34.

BERRAONDO, M. (2013) *Territorios Indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho*, Madrid: IPES-CEJIS-GTIA.

BIDART CAMPOS, G. (1998) *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires: Ediar.

BRAVO, P. (2012) 'Identidad, Propiedad y Derecho Constitucional', in *Derecho Constitucional Indígena: Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico*, Resistencia: ConTexto.

CERD (2000) *Recopilación de las Recomendaciones Generales y Decisiones de Interés General Adoptadas por El Comité para la Eliminación Racial*, New York: ONU.

CONSTITUCIÓN NACIONAL(1994) *Constitución de la Nación Argentina*, Paraná: PEJN.

Corte IDH (2001) *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, San José de Costa Rica: OEA.

Corte IDH (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, San José de Costa Rica: OEA.

Corte IDH (2006) *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, San José de Costa Rica: OEA.

Corte IDH (2010) *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, San José de Costa Rica: OEA.

FERRAJOLI, L. (2010) 'El Principio de Igualdad y la Diferencia de Género', in Cruz Parceró, J.A. and Vázquez, Rodolfo *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, México: Fontamara.

FILIPPI, A. (2009) 'La construcción histórica y pluriétnica de los derechos de los pueblos indígenas a los mestizajes de origen ibérico y africano', in I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Reflexiones y debates sobre Justicia, Territorio y Recursos Naturales., Buenos Aires: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Ministerio público de la defensa y AADI.

FISS, O. (1999) Grupos y la Cláusula de la Igual Protección, Barcelona: Gedisa.

FISS, O. (2002) Una Comunidad de Iguales, Buenos Aires: Fontamara.

GOMIZ, M.M. and Salgado, J.M. (2010) Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: Su Aplicación en el derecho interno argentino., 2nd edition, Neuquén: ODHPI.

MARTINEZ COBO, J. (1986) Estudio del Problema de la Discriminación contra las poblaciones indígenas. E/CN.4/Sub.2/476, Nueva York: ONU.

OIT (1989) Convenio N°169 - Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

SABA, R. (2008) '(Des) Igualdad Estructural', in Alegre, M. and Gargarella, R. El Derecho a la Igualdad, Buenos Aires: LexisNexis.

SABA, R. (2008b) 'Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿qué es lo Sospechoso de las categorías sospechosas?', in Gargarella, R. Teoría y Crítica del Derecho Constitucional - TII, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SERRANO, S. and Vazquez, L.D. (2014) Los Derechos en Acción. Obligaciones y Principios de los derechos humanos, Primera edition, México: Flacso.

YRIGOYEN FAJARDO, R. (2011) 'El Derecho a la Libre Determinación del Desarrollo, la Participación, la Consulta y el Consentimiento ', in Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio: Conflictos y desafíos en América Latina, Lima: Icaria.

REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (2012-2013)⁸³

Paula Alvarado⁸⁴

1. INTRODUCCIÓN

En el proceso de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación se abordaron los derechos de los pueblos originarios, en general, de forma inadecuada. Tal es así, que corresponde destacar la reacción de los pueblos y comunidades indígenas y organizaciones de la sociedad civil ante las disposiciones –primero del Anteproyecto, luego del Proyecto de Ley– referidas a la propiedad comunitaria indígena. Además de encontrarse inspiradas en relaciones propias del derecho privado de occidente (Derecho romano), que nadan tienen que ver con la cosmovisión indígena sobre propiedad comunitaria (que incluye tierras y territorios conjuntamente), no se tuvieron en cuenta

⁸³ Sumario: 1. Introducción. 2. Reflexiones en torno a la consulta previa, participación y consentimiento previo, libre e informado en el proceso de reforma y unificación de los códigos civil y comercial de la nación. 3. La propiedad comunitaria indígena en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y de Comercio de la Nación. 4. Conclusión.

⁸⁴ Maestranda en Derechos Humanos, Estado y Sociedad, Abogada. Vicepresidenta y Secretaria de Pueblos Originarios de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Docente en la materia Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante de la Red de Investigadores sobre Genocidio y Política Indígena. Integrante de la Asociación de Abogados de Derecho Indígena. Investigadora graduada en proyecto de investigación- programa UBACYT 2012/2015: "LECTORES PARA LA JUSTICIA", dirigido por la Prof. Dra. Sandra Mabel Wierzbica, Facultad de Derecho, UBA.

diversos aspectos vinculados con el Derecho Público, particularmente principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es necesario señalar que el Estado Argentino ha reconocido la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas en el art 75 inc. 17 de su Constitución Nacional, consagrado la jerarquía suprallegal de los Tratados Internacionales –entre los que se halla el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que desde el año 2001 se torna exigible para Argentina–, y manifestado su voluntad coincidente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI).

Luego de un arduo proceso legislativo, en el dictamen que la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación presentó al pleno de la Cámara Alta del Congreso de la Nación⁸⁵, no se hizo mención de las diversas cuestiones vinculadas con el Derecho Indígena, salvo una remisión genérica a la legislación especial que oportunamente se dicte en relación con la propiedad comunitaria indígena⁸⁶, primando la postura mayoritaria de Pueblos y Comunidades Indígenas, Organismos de Derechos Humanos y Organizaciones de la Sociedad Civil.

Sin perjuicio de ello, resulta menester analizar y comentar someramente el proceso de reforma, y esgrimir algunas consideraciones en torno a las disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley presentado originalmente por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN).

2. REFLEXIONES EN TORNO A LA CONSULTA PREVIA, PARTICIPACIÓN Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN EL PROCESO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) N° 191/2011 se creó una Comisión de Reformas integrada por el Presidente de la CSJN Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, la jueza de la CSJN Dra. Elena Highton de Nolasco y la Profesora Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, con la misión de elaborar un proyecto de reformas al Código Civil en el plazo de 365 días.

Con fecha del 27 de marzo de 2012, la Comisión entregó a la Sra. Presidenta de la Nación un Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Allí, se dispuso una serie de normas destinadas a regular la situación de las comunidades indígenas y la propiedad comunitaria de la que son titulares.

⁸⁵ Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013 orden del día n° 892, Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos civil y Comercial de la Nación.

⁸⁶ DICTAMEN DE COMISIÓN, art 9: Dispónense como normas transitorias de aplicación del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, las siguientes: Primera: “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 18 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación),

Luego, el Poder Ejecutivo introdujo modificaciones al Anteproyecto y lo envió, con carácter de Proyecto de Ley, al Senado, ingresando con el número de expediente 57/12. En el marco del trámite legislativo, se aprobó la creación de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación compuesta por 15 diputados y 15 senadores nacionales que, según su reglamento y en un plazo de 90 días, debía emitir un dictamen. En ese ámbito, durante el año 2012, se realizaron 13 audiencias públicas, desarrolladas en diversas provincias del país con el fin de generar amplias instancias de participación ciudadana. Se presentaron, en calidad de expositores, representantes de Pueblos y Comunidades Indígenas, como también miembros de la sociedad civil, que expusieron críticas (y propuestas) de suma importancia.

El dictamen de la Comisión Bicameral fue presentado ante el Senado. No hizo mención de los derechos vinculados a la propiedad comunitaria indígena, con excepción de una remisión a la futura sanción de una ley especial reglamentaria⁸⁷.

Todo este proceso estuvo signado por la falta de consulta previa, libre e informada, participación y expresión de consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas.

En primer lugar, el Decreto 191/11 no fue motivo de consulta ni participación de los Pueblos Originarios. Tampoco lo fue el Anteproyecto diseñado por la Comisión de Reformas. Aún menos, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo ante el Senado de la Nación.

Ahora bien, en el ámbito del Congreso de la Nación se generó una discusión puesto que el Proyecto analizado por la Comisión Bicameral fue sometido a un amplio proceso de consulta y participación de la ciudadanía a través del procedimiento de audiencias públicas.

Las audiencias públicas consistieron en la presentación oral y escrita de ponencias sobre cada uno de los aspectos críticos del Proyecto de Reforma, por parte de la ciudadanía, expertos, académicos, sociedad civil, grupos afectados particularmente en sus derechos, etc., frente a los miembros de la Comisión Bicameral en el Congreso de la Nación, Universidades Nacionales, etc.

Muchos Pueblos, Organizaciones y Comunidades Indígenas participaron de las audiencias públicas.

Es así, que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) sostuvo ante las Naciones Unidas que las audiencias públicas implicaron una modalidad de cumplimiento⁸⁸, por parte del Estado Argentino, del derecho de consulta y participación en cabeza de los Pueblos Indígenas.

⁸⁷ DICTAMEN DE COMISIÓN, Anexo I TÍTULO PRELIMINAR, CAPÍTULO 4 Derechos y bienes; Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

⁸⁸ COMUNICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES CARTA DE ALEGACIONES AL Indigenous (2001-8) ARG 3/2012 en trámite por ante el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, no es así.

El derecho a la consulta previa y a la participación está reconocido en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, es un derecho y un principio fundamental del derecho indígena y aparece contemplado con mayor precisión en el Convenio 169 de la OIT de 1989. Asimismo, se encuentra receptado en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones de las Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece que los Estados deberán: *“celebrar consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados (...) antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”*.

Como bien lo indica la OIT, la consulta y la participación son medios por los cuales los pueblos indígenas pueden incidir plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan. Las condiciones mínimas que debe reunir⁸⁹:

Carácter previo: debe realizarse con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada. Se desvirtúa el sentido de esta condición si la consulta se realiza cuando lo que se va a consultar ya está en marcha. Por ejemplo, en una actividad extractiva cuando ya existen acciones concretas de exploración en el territorio.

Obligatoriedad: el Estado, en todos sus niveles, está obligado a llevar a cabo un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas sobre toda medida legislativa o administrativa que involucre los derechos o intereses de los pueblos indígenas. En ningún momento puede delegar esta obligación en terceros, por ejemplo en las empresas interesadas en explotar algún recurso natural. En ocasiones, el Estado argumenta falta de recursos económicos para llevar adelante la consulta, algo totalmente rechazable ya que en su cabeza está la obligación y responsabilidad de llevarlo adelante, garantizando precisamente las condiciones que aquí se enumeran.

Buena fe: dentro del procedimiento de consulta debe prevalecer la buena fe, lealtad y honestidad entre el Estado y los Pueblos indígenas. El Estado deberá realizar el máximo de sus esfuerzos para que el procedimiento se realice dentro de un contexto de confianza entre las partes, que propicie un diálogo fluido y sincero. Esto se traduce en respetar sus propios procedimientos, admitir las instituciones que los representan, no acortar los plazos teniendo presente que muchas veces tomar decisiones tan relevantes exige al interior de las comunidades un amplio debate interno.

Libertad: la voluntad de los pueblos indígenas debe expresarse genuinamente; libre de toda coerción, intimidación o manipulación. Los incentivos económicos que pueden ofrecer las empresas son ejemplos de cómo esa libertad puede ser cercenada.

Información adecuada: el Estado deberá brindar información completa, adecuada y veraz sobre las consecuencias económicas, sociales y culturales a largo plazo de la medida consultada. Pero la información adecuada también requiere de ese proceso de buena fe, amplio y libre que estamos describiendo. No basta con meras audiencias

⁸⁹ Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, 2013.

informativas, o reuniones en las que se explicita o presente algún proyecto. Por el contrario, se debe generar un diálogo intercultural que genere las condiciones para alcanzar acuerdos.

Adecuación cultural: el procedimiento de consulta deberá realizarse respetando los modos tradicionales de organización y de toma de decisiones de los pueblos indígenas. Éstos dependen de la comunidad o Pueblo que se consulte, y debe ajustarse a las instituciones representativas indígenas.

Amplitud: el procedimiento de consulta deberá permitir la plena expresión de las opiniones de los Pueblos indígenas. Deberá garantizar la participación de todos los afectados a través de sus organizaciones representativas, tanto tradicionales como contemporáneas. Es imprescindible evitar que “la consulta a algunos representantes indígenas” agote el procedimiento, cuando no se ha garantizado que todos los involucrados puedan participar.

Accesibilidad: el Estado deberá garantizar los recursos presupuestarios y logísticos necesarios para permitir la plena participación de los pueblos indígenas consultados. Un dato a tener presente es que muchas veces las comunidades a consultar se encuentran a considerable distancia, en lugares que no son fácilmente accesibles, por lo que deben arbitrarse los medios para que todos tengan la posibilidad de estar presentes personalmente o a través de sus representantes en las discusiones alrededor de la consulta.

Hete aquí, que las audiencias públicas celebradas en el ámbito de la Comisión Bicameral no reúnen las condiciones mínimas que debe reunir un proceso de consulta previa, libre e informada. Prima facie, no cumple con los recaudos de buena fe, información adecuada, adecuación cultural, amplitud y accesibilidad.

Ciertamente, en tanto que la buena fe implica un diálogo fluido y sincero, respetuoso de los procedimientos, instituciones y plazos de los Pueblos y Comunidades Indígenas para la toma de una decisión y/o posicionamiento, el procedimiento de audiencia pública resulta inapropiado. La audiencia pública, por su naturaleza, impide el diálogo. En el caso del Proyecto de Reforma, se acotó a la exposición oral de una ponencia, desarrollada durante una jornada determinada y en la cual se trataron una gran diversidad de cuestiones, sin ningún tipo de organización ni orden temático.

Además, no se brindó a los Pueblos y Comunidades Indígenas información adecuada, completa y veraz. Por el contrario, los Pueblos y Comunidades se encontraron, por sorpresa, con una reforma legislativa que les afectaba de forma particular e intentaron protestar y cuestionar los procedimientos y contenidos.

Por otra parte, el procedimiento de audiencias públicas, que bien puede constituir un baluarte del debido proceso y la participación ciudadana la sanción de leyes, no representa, en principio, una modalidad válida para el pleno goce y ejercicio del derecho a la consulta y a la participación de los Pueblos Originarios. Ello, toda vez que no cumple con el recaudo de adecuación cultural, es decir, no respeta los modos tradicionales de organización y de toma de decisiones de los pueblos indígenas. Como

se ha dicho, éstos dependen de la comunidad o Pueblo que se consulte, y deben ajustarse a las instituciones representativas indígenas.

Finalmente, las audiencias no cumplen con la amplitud ni la accesibilidad imprescindible en todo proceso de consulta y participación. No han sido amplias, aunque se hayan realizado en diferentes regiones del país, porque no han llegado a todos los Pueblos y Comunidades Indígenas, ni siquiera a la mayoría. Tampoco han sido accesibles porque no hubo un dispositivo estatal dirigido a los Pueblos y Comunidades Indígenas para que éstos hagan llegar su voz a los parlamentarios.

3. PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL PROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DE COMERCIO DE LA NACIÓN

a) Concepto de propiedad comunitaria indígena

El proyecto original presentado en el Congreso establece la regulación de la propiedad comunitaria indígena del siguiente modo: Libro Cuarto, denominado “De los Derechos reales”, que en su artículo 1887 reza: *son derechos reales en este Código...c) la propiedad comunitaria indígena*. Por su parte, el Título V (arts. 2028y ss.) regula específicamente: “La Propiedad Comunitaria Indígena”.

Inicia el artículo 2028 el Título V del siguiente modo: *“La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”*.

El artículo 2036, por su parte, dispone: *“Normas supletorias. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio”*.

Del juego armónico de estos artículos surge que se califica a la propiedad comunitaria indígena como un “derecho real”.

Previamente, es necesario señalar que la Constitución Nacional Argentina luego de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas hace lo propio con respecto a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras ancestrales (artículo 75 inc. 17 C.N.). No se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de tales derechos, ni mucho menos, como es lógico, los clasifica. Es así, que no es posible derivar de la C.N. que sea un derecho real.

Por su parte, los derechos reales son aquellos que expresan la relación de apropiación entre un sujeto y una cosa mueble o inmueble. Por el contrario, el derecho a la tierra y territorio, podría afirmarse, es un derecho humano en cabeza de los pueblos originarios. El Convenio 169 de la OIT reconoce a los pueblos indígenas el derecho sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y la importancia que le han otorgado al concepto de

“Tierra”. El concepto de “Tierra” difiere del concepto de “cosa”, elemento insustituible en la relación que se traza con la persona en los derechos Reales.

Se ha dicho: *“El territorio indígena no es la suma de los recursos que contiene y que son susceptibles de apropiación o de relaciones económicas. Su naturaleza se basa en la integración de elementos físicos y espirituales que vincula un espacio de la naturaleza con un pueblo determinado”*⁹⁰. De ese modo, cabe destacar la trascendencia del territorio en relación con la identidad y la cultura de los pueblos originarios. El territorio es el hábitat, el espacio en el cual los pueblos desarrollan su vida política, social, económica, cultural y espiritual y satisfacen sus necesidades más variadas. El derecho al territorio es un derecho natural inherente a los pueblos indígenas.

En este sentido, la CoIDH sostuvo:

*“[...] La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [...]”*⁹¹.

Las diferencias radicales que existen entre los conceptos de “derecho real” y “derecho humano a la tierra y territorio” resultan ostensibles:

*“[E]s menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*⁹².

Los pueblos indígenas no se consideran de ninguna manera “propietarios” de las tierras que ocupan. Por el contrario, son parte de la Naturaleza. Adoran a la Pacha Mama o Madre Tierra. La Madre Tierra tiene derechos, por tanto, es sujeto de derecho y no un objeto susceptible de apropiación⁹³. La relación de los indígenas con la tierra o territorio no es una relación económica, ni una relación de apropiación. Es una relación espiritual, cultural, de identidad.

⁹⁰ Encuentro de Pueblos Originarios en Argentina, Seminario “Tierra, Territorio y Recursos Naturales”, Buenos Aires, 25, 26 y 27 de abril de 2007, Editor responsable: Jorge Nahuel, 1ra. Edición, Impreso en Pixel Centro Gráfico, Ciudad de Buenos Aires, Mayo de 2008, p. 10.

⁹¹ CoIDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia dictada el 17 de junio de 2005 –fondo, reparaciones y costas–, párr. 135.

⁹² CoIDH, Caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia del 31-8-2001- Fondo, Reparaciones y Costas-, párrafo 146.

⁹³ Ver: Zaffaroni, Raúl Eugenio, La Pachamama y lo humano, Ediciones Colihüe, 2012.

Por otro lado, el citado artículo 2028 hace referencia al derecho real sobre un “*inmueble rural*”. Aquí, corresponde efectuar una precisión: la tierra y el territorio indígena no se reducen al concepto de “inmueble rural”.

En este sentido, se dejan afuera los espacios urbanos ocupados por grupos indígenas que han sido forzados a migrar a las ciudades y que en procesos de recuperación de la identidad se han constituido como Comunidades. Es decir, que excluye a quienes siendo indígenas se han urbanizado, sin por ello haber dejado de ser indígenas y, por tanto, titulares del derecho a un territorio. Ha sido ya definido qué se entiende por territorio y es más que claro que no puede ser acotado a un inmueble rural.

Asimismo, el artículo 2028 obliga a que el inmueble tenga como destino la preservación cultural y el hábitat comunitario, no como una forma de reconocer esos conceptos como integrantes de espacios indígenas, sino utilizándolos como limitante del derecho, inmiscuyéndose en la autonomía indígena.

Finalmente, es necesario señalar que a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la propiedad comunitaria indígena debe tenerse presente la cosmovisión de los Pueblos Originarios, sus costumbres, el Derecho Internacional vigente y principios elementales de Justicia. No obstante, la clasificación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho real la niega por completo.

b) Titularidad del derecho a la tierra y territorio

Los arts. 2029 y 2030 se refieren al sujeto titular del derecho a la propiedad comunitaria indígena. Concretamente, preceptúan:

“Artículo 2029 Titular. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad”.

“Artículo 2030. Representación legal de la comunidad indígena. La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas”.

Por su parte, los art 18 y 148 conceptúan a las comunidades indígenas. Así, establecen:

“Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva.”

“Artículo 148. Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas:... h) las comunidades indígenas.”

De las disposiciones transcriptas, surge que la propiedad comunitaria indígena está supeditada a la circunstancia de que posean personería jurídica reconocida y, a su vez, inscrita en un registro, contradiciendo de manera flagrante a la Constitución y a normativa internacional que establece que las comunidades indígenas son las propietarias de sus tierras, sin que para ello deban cumplir con ningún requisito formal, como puede ser el caso de la inscripción de la personería jurídica en un registro.

En este orden de ideas, cabe destacar que CoIDH ha fallado: “[...] *el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus 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 [...]*⁹⁴.

Nuestra Corte Suprema ha sentado como jurisprudencia el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana. Son los criterios de ese tribunal internacional los que los tribunales nacionales han de tener presentes y aplicar a la hora de interpretar los tratados del sistema interamericano específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos.

c) Modos de constitución

Según el artículo 2031 la propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado Nacional o de los Estados Provinciales de la posesión inmemorial comunitaria; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad. Así mismo establece *“en todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.”*

Sin embargo, cabe citar de acuerdo con autorizada jurisprudencia que:

“[...] Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o

⁹⁴ Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párr. 94, citando Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, op. cit., nota 1, párrs. 82 y 83.

*recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura[...]*⁹⁵.

Por ello, los modos de constitución prescritos en el proyecto son inadmisibles. En todos los casos se trata de institutos que son característicos de los derechos reales, mas no del derecho humano de los pueblos originarios al territorio en razón de los fundamentos ya considerados.

d) Recursos naturales

El artículo 2035 en tanto dispone que la explotación de los recursos naturales está sujeta a previa información y consulta a las comunidades resulta contrario a lo dispuesto en la DNUDPI que en su artículo 32.2 dice: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de su propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras y territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o a explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”*. Asimismo, en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT expresamente consta: *“las consultas llevadas a cabo... con la finalidad de un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*. El artículo 2035 denota un retroceso jurídico de magnitud.

4. CONCLUSIÓN

Como se observa, la pretendida inclusión de la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial fue realizada de manera ilegal e ilegítima.

En principio, no responde a los preceptos de la Constitución Nacional, ni tampoco al Derecho Internacional vigente en la materia.

Resulta oportuno citar, aquí, la opinión del ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Profesor James Anaya:

*“Se debe actualizar, en la medida necesaria, la normativa legal, incluyendo el Código Civil, el Código Penal, el Código Minero y otra legislación nacional y provincial relevantes, para que no sea contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas. En todo caso, las leyes vigentes deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos”*⁹⁶.

⁹⁵ CoIDH, Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Párr. 154 y Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Párrafos 131 a 132.

⁹⁶ Consejo de Derechos Humanos. Resolución: A/HRC/21/XX/Add.Y, informe a la visita realizada al Estado Argentino entre el 27 de noviembre al 7 de diciembre de 2011.

Asimismo, los Pueblos Originarios, acompañados por organizaciones de la sociedad civil, manifestaron expresamente su rechazo. Denunciaron, en primer término, la falta de consulta, participación y consentimiento indígena. En segundo término, solicitaron la regulación de la propiedad comunitaria indígena en una ley especial que contemple su intrínseca relación con la espiritualidad, la cultura y la identidad indígena. Por último, exigieron el cumplimiento de la normativa constitucional y la normativa internacional (en especial lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas).

Los elementos esenciales de la propiedad comunitaria indígena están muy bien sintetizados por Gabriela Vázquez en el siguiente fragmento:

“[L]a relación de los Pueblos Indígenas con la tierra es espiritual y religiosa; ésta constituye un elemento integrante de la cosmovisión y con ella se mantiene una relación diagonal, circunstancia que explica el rechazo a la idea de relación de poder o de dominación entre el sujeto y la cosa que presuponen los derechos reales clásicos. De allí que, sin esa relación con la tierra los indígenas no puedan alcanzar su identidad, pues ésta es un espacio cultural penetrado de valores y tradiciones y además, un ámbito comunitario, es decir, de significación colectiva, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad, y esto hace que no se corresponda con la concepción clásica de propiedad privatista inserta en los códigos civiles”⁹⁷.

De ese modo, la regulación del derecho a la tierra y territorio de los Pueblos Originarios debe ser efectuado teniendo como base la cosmovisión de los Pueblos y Comunidades y la normativa vigente en la materia, principalmente el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI, interpretada por los órganos internacionales competentes.

⁹⁷ VÁZQUEZ, Gabriela A., “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, Jurisprudencia Argentina, 25-11-2009, Lexis Nº 0003/014779.”.

BIBLIOGRAFIA

CoIDH. Caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia del 31-8-2001- Fondo, Reparaciones y Costas-.

CoIDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

CoIDH. Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Reparaciones y Costas.

Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos civil y Comercial de la Nación. Cámara de Senadores, sesiones ordinarias de 2013 orden del día n° 892.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución: A/HRC/21/XX/Add.Y, informe a la visita realizada al Estado Argentino entre el 27 de noviembre al 7 de diciembre de 2011.

Encuentro de Pueblos Originarios en Argentina. Seminario “Tierra, Territorio y Recursos Naturales”, Buenos Aires, 25, 26 y 27 de abril de 2007, Editor responsable: Jorge Nahuel, 1ra. Edición, Impreso en Pixel Centro Gráfico, Ciudad de Buenos Aires, Mayo de 2008.

Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número 169).- Ginebra: OIT, 2013.

VÁZQUEZ, Gabriela A. “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, Jurisprudencia Argentina, 25-11-2009, Lexis N° 0003/014779.”.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. “La Pachamama y lo humano”, Ediciones Colihüe, 2012

LA LEY 26.160 COMO POLÍTICA PÚBLICA ORIENTADA A LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA: ALGUNOS AVANCES Y DESAFÍOS PENDIENTES

Paula Barberi⁹⁸

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca analizar algunos aspectos de la ley N° 26.160⁹⁹, como política pública impulsada para brindar respuesta a las dificultades que atraviesan las comunidades indígenas en Argentina, en relación con la falta de efectivización de su derecho al territorio comunitario.

⁹⁸ Abogada (UBA) - Especialización en Derecho Internacional Público y Derecho Administrativo Maestrando en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

Desde el año 2008 integra el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación.

Ha participado en publicaciones relacionadas con la temática. www.mpd.gov.ar

⁹⁹ Nota: Para facilitar la lectura opté por mencionar la norma como "ley N° 26.160" pero cada vez que me refiera a ella, debe entenderse que estoy incluyendo sus reglamentaciones y leyes que prorrogan sus plazos (leyes N° 26.554 y N° 26.894)

Hasta el momento, esta norma sigue siendo la única herramienta legislativa del ámbito federal adoptada desde la reforma de 1994 para proteger el derecho a la propiedad comunitaria.

Por eso, si bien podrían formularse diferentes cuestionamientos sobre varios aspectos de esta ley, entiendo oportuno –a casi 8 años de su sanción y habiendo sido prorrogada por segunda vez– verificar su grado de implementación y analizar sus avances y desafíos pendientes para hacer efectivo el reconocimiento de este derecho indígena comunitario fundamental.

Especialmente, me interesa analizar el abordaje de esta norma llevado a cabo por los diferentes poderes estatales, con especial énfasis en la intervención del poder judicial. Inicialmente, mencionaré ciertos elementos conceptuales básicos sobre las políticas públicas en general y haré un breve repaso sobre el contenido de la norma y su reglamentación.

A continuación, desarrollaré las diferentes intervenciones que han tenido tanto el Poder Ejecutivo, como el Judicial y el Legislativo en relación con la ley N° 26.160. Para finalizar, me interesa destacar la importancia del diseño e implementación de las políticas públicas con enfoque de derechos humanos, y en ese marco, algunas herramientas que podrían tenerse en cuenta para garantizar y efectivizar los derechos de los pueblos indígenas.

2. BREVE COMENTARIO SOBRE LA LEY COMO POLÍTICA PÚBLICA

Abordar cuestiones vinculadas al estudio de las políticas públicas requiere un desarrollo extenso que excedería ampliamente el objeto del presente artículo. Sin embargo, a continuación esbozaré algunas nociones para contar con un marco conceptual y luego profundizar el planteo desde la mirada de las políticas públicas con enfoque de derechos humanos.

En la literatura especializada existen diferentes conceptos de políticas públicas, para el presente trabajo tomaré los elementos señalados por Roth Deubel, quien considera que *“hay cuatro elementos centrales que permiten identificar la existencia de una política pública: implicación del gobierno, percepción de problemas, definiciones de objetivos y proceso. Entonces es posible decir que una política existe siempre y cuando instituciones estatales asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como necesarios o deseables, por medio de un proceso destinado a cambiar un estado de las cosas percibido como problemático”*¹⁰⁰. Del mismo modo lo entienden Ozlak y O’Donell al señalar que *“una política estatal es una toma de posición que intenta –o, más precisamente, dice intentar– alguna forma de resolución de la cuestión. Por lo general, incluye decisiones de una o más organizaciones estatales, simultáneas o sucesivas a lo largo del tiempo, que constituyen el modo de intervención del Estado*

¹⁰⁰ROTH DEUBEL, André-Noël, (2002), *“Políticas Públicas. Formulación, Implementación y evaluación”*, Ed. Aurora, Bogotá., pag. 27

*frente a la cuestión. De aquí que la toma de posición no tiene por qué ser unívoca, homogénea ni permanente*¹⁰¹.

A partir de estos factores, me interesa analizar las diversas líneas de acción que han adoptado los diferentes poderes estatales en su vínculo con la ley N° 26.160. Doce años después de la reforma constitucional, esta norma se presenta como una respuesta del Estado frente a la problemática que atravesaban (y actualmente atraviesan) diferentes comunidades indígenas a lo largo y ancho del país debido a la falta de efectivización de sus derechos territoriales. De forma muy genérica, podría decirse que gran parte de los conflictos que dieron impulso a la ley enfrentan a supuestos titulares de propiedad privada o de derechos de ocupación con comunidades indígenas en el marco de fenómenos económicos y políticos en diferentes provincias de la Argentina, tales como el avance de la frontera agropecuaria, la especulación inmobiliaria y la explotación de recursos naturales, con sus matices y complejidades.

Así, a partir del reclamo indígena, en un contexto de incertidumbre y conflicto ante la falta de registración de la situación territorial de las comunidades, se declaró la emergencia en materia de tierras indígenas.

En este caso el objetivo inicial de brindar protección a las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente, también fue reconocido por el Relator de Naciones Unidas quien luego de visitar el país expresó en su informe: “El INAI promovió la aprobación de la ley N° 26.160, en respuesta al problema de la tenencia de la tierra indígena en el país y con el fin de cumplir con las provisiones del Convenio N° 169 de la OIT sobre el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras que ocupan tradicionalmente (artículo 14)¹⁰².”

No deja de ser trascendente que se haya incluido en la agenda estatal la problemática sobre los territorios indígenas. En general en materia de políticas estatales, “no es fácil saber cuáles son los problemas que un gobierno elige resolver o debe atender inevitablemente como consecuencia de demandas o presiones sociales insoslayables. Esto depende de un gran número de circunstancias y variables. Pero en la medida en que esos problemas son incorporados a la agenda estatal (ya no sólo social), se convierten automáticamente en *“cuestiones socialmente problematizadas”*. Así, la agenda estatal suele reflejar esas cuestiones que consiguen suscitar la atención de las instituciones que conforman al Estado en sus distintos niveles (nacional o subnacionales) y poderes (ejecutivo, legislativo o judicial)”¹⁰³.

Por este motivo, teniendo en cuenta la trascendencia de la norma –a pesar de que son muchas las variables y aspectos que se podrían analizar sobre su articulado y reglamentación– considero interesante referirme a su implementación por parte de los poderes estatales. Especialmente si se tiene en consideración que la ley ha sido sancionada hace más de ocho años, tiempo en el cual diferentes estructuras y organismos del Estado tuvieron oportunidad de intervenir y tomar decisiones al respecto.

¹⁰¹ OZLAK, Oscar y O'DONELL, Guillermo, (1976), “Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G.E. CLACSO N°4, pag. 21.

¹⁰² ANAYA, James. (2012). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina. A/HRC/21/47/Add.2., 4 de julio de 2012, pág. 7

¹⁰³ OZLAK, Oscar y O'DONELL, Guillermo, op. cit.

3. UN REPASO DEL CONTENIDO DE LA LEY N° 26.160 Y SUS REGLAMENTACIONES

En el año 2006, el Congreso de la Nación promulgó la ley N° 26.160. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1122/2007 y la Resolución INAI N°587/2007. Como punto de partida señalaré algunos de sus contenidos relevantes. Por un lado, declara la emergencia territorial en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país (...), por el término de cuatro años (artículo 1); suspende –por el plazo de la emergencia declarada–, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas del país (artículo 2); y por otro, indica que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) –durante los 3 primeros años– deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos de Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no gubernamentales (artículo 3).

Teniendo en cuenta que el Programa de Relevamiento no ha culminado, hasta el momento, la ley debió ser prorrogada en dos oportunidades. Así, sus plazos fueron prorrogados por las leyes N° 26.554 (del año 2009) y N° 26.894 (del año 2013), por lo que actualmente se encuentra vigente hasta el mes de noviembre de 2017.

Sin perjuicio de que aquí no pretendo desarrollar un análisis exhaustivo de la reglamentación de esta ley, quisiera resaltar algunos de sus aspectos principales ya que permitirá una mayor comprensión del complejo proceso que debe abarcar y servirá de contexto al momento de analizar cuál ha sido la intervención de los diferentes poderes estatales respecto de las obligaciones allí contenidas¹⁰⁴.

El Decreto reglamentario 1122/07 tuvo en consideración algunas de las obligaciones del Estado y los derechos indígenas contenidos en la normativa internacional, especialmente al referirse a la obligación de “determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan (artículo 14.2 del Convenio OIT) e indicar que se trata de una política y estrategia nacional de desarrollo y ordenamiento territorial *“con el fin de propender a la participación plena en la gestión democrática del territorio, toda vez que el relevamiento ordenado cristalizará un acto de justicia y de reparación histórica para las comunidades de los Pueblos Originarios”*. A la vez, en su Anexo se establece que el INAI aprobará los programas que *“fueren menester para la correcta implementación del relevamiento (...) para la instrumentación del reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad comunitaria. (...) los programas deberán garantizar la cosmovisión y pautas culturales de cada pueblo, y la participación del Consejo de Participación Indígena en la elaboración y ejecución de los mismos, en*

¹⁰⁴ Para mayor información y detalle sobre la reglamentación y el Programa Nacional de Relevamiento. Recomiendo la lectura completa de las resoluciones mencionadas y sus anexos.

orden a asegurar el derecho constitucional a participar en la gestión de los intereses que los afectan”.

En relación con el Decreto mencionado, debe tenerse presente que la redacción de su artículo 1º fue consecuencia de un reclamo internacional, en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, contra Argentina donde se cuestionó el texto de la norma –entre otros motivos– por proteger solamente a las comunidades indígenas con personería jurídica inscripta o a las preexistentes, descartando cualquier reivindicación de pobladores indígenas dispersos que habitan las zonas rurales, en clara violación de la libre determinación de la identidad (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT). Al resolver, el Comité allí examinador se refirió a que algunas comunidades no fueron convocadas para la elección de los representantes de los CPI y solicitó al Gobierno que en materia legislativa y administrativa (y al momento de implementar la ley N° 26.160) desarrolle mecanismos de consulta y participación para las comunidades e instituciones realmente representativas de los pueblos indígenas¹⁰⁵. Si bien el organismo resolvió en el mes de noviembre de 2008 (y la ley N° 26.160 ya había sido sancionada) Argentina pudo adaptar el texto a partir de la denuncia efectuada por el Consejo Asesor Indígena ante Naciones Unidas.

A su vez, me interesa destacar algunas cuestiones del Programa Nacional “Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas. Ejecución de la ley N° 26.160” (Anexo I de la Resolución 587/2007). En primer lugar, desarrolla los antecedentes y menciona la participación del Consejo de Participación Indígena, los debates sobre el proyecto de la ley y la celebración de reuniones regionales en diferentes puntos del país. En ese sentido expresa que “(...) *es fundamental el protagonismo y la participación del Consejo de Participación Indígena en la construcción de las orientaciones de este Relevamiento, para que sea acorde a las aspiraciones y demandas de cada Pueblo Indígena*”¹⁰⁶.

El INAI también indica que esa propuesta fue presentada al Consejo de Participación Indígena (CPI) en las distintas instancias regionales teniendo en cuenta que: “...*los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación*” (cfr. artículo 13. 1. Convenio 169 OIT)¹⁰⁷. Me parece interesante resaltar este punto ya que inicialmente pretendió contemplar las garantías de las comunidades en el marco de las obligaciones contenidas en el Convenio

¹⁰⁵ Reclamación (artículo 24) – 2006- Argentina- C169- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R.), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.)

¹⁰⁶ A la vez, señala que pondrá a consideración del CPI “*la posibilidad de integrar el Relevamiento Territorial a un proceso más amplio que contemple las siguientes etapas: Identificación de las Comunidades Indígenas, relevamiento social de la organización comunitaria, relevamiento técnico, jurídico y catastral del territorio comunitario y relevamiento socio-productivo y recursos naturales.*”

¹⁰⁷ En cuanto al objeto de la consulta señala que se consultó a los representantes indígenas acerca de: la relación con el territorio que ocupan, la ocupación tradicional, actual y pública del territorio comunitario, cómo concretar en el proceso de relevamiento, la participación indígena del Pueblo y Comunidad en la demarcación de la ocupación tradicional, actual y pública; cómo realizar el Relevamiento en las Comunidades Indígenas, que ejercen una posesión y propiedad no comunitaria, o en Comunidades que ocupan ámbitos urbanos; se debatió acerca de la participación de otros Organismos y ONGs; se solicitaron aportes sobre las distintas etapas del Relevamiento.

169, especialmente en materia de participación. Así lo señala también J. M. Salgado quien expresa que “tanto la ley N° 26.160 como sus reglamentaciones, el Decreto 1122/2007 y la Res. 587/2007 del INAI tuvieron previamente un proceso de participación de las organizaciones indígenas, de acuerdo al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que así lo requiere en todos los casos en que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente dichos pueblos. Es importante señalarlo porque se trató de una excepción al general incumplimiento que el Estado hace de esa obligación”¹⁰⁸.

Sin embargo, con el paso del tiempo se observó cierta disconformidad respecto de esta cuestión y un alejamiento en “los hechos” respecto de lo señalado en la reglamentación citada. En diferentes regiones del país las comunidades indígenas comenzaron a hacer reclamos respecto de los integrantes de los CPI. El Relator de Naciones Unidas, en su visita al país, también tomó nota de esta situación e indicó “*a pesar del acompañamiento que ha dado el Consejo de Participación Indígena al proceso de relevamiento, las poblaciones indígenas han señalado la falta adecuada de participación indígena en el Programa Nacional de Relevamiento, y que el proceso de selección de los representantes indígenas de los CPI no es de acuerdo con los procesos tradicionales de las comunidades*”¹⁰⁹.

En resumen, el proceso de relevamiento comprende un estudio sobre la organización social y cultural de la comunidad, y sobre los antecedentes de su uso y ocupación tradicional, con la participación de la comunidad. Este proceso incluye la elaboración de un informe cartográfico que debe ser aprobado por la comunidad y la elaboración de una carpeta técnica con la información recopilada. Como consecuencia de ello, uno de los problemas fundamentales, que continúa vigente y no fue introducido en la norma, es la falta de titulación y escrituración de los territorios comunitarios. Es decir, en el caso de que una comunidad logre que sus territorios sean relevados, aún quedará el paso – nada fácil– de lograr la escrituración de ese territorio reflejando el resultado del relevamiento. Esta situación es mucho más compleja en aquellos casos donde se identifican situaciones irregulares tales como superposición de mensuras, familias no indígenas ocupando parte del territorio, actividades de explotación de recursos naturales, entre otros múltiples ejemplos. En este contexto, a casi ocho años de la sanción de la norma al analizar su reglamentación y contrastarla con la implementación y ejecución del Programa de Relevamiento, así como con la realidad de las comunidades frente a procesos de desalojos, surgen numerosas incertidumbres sobre cuestiones que no han encontrado respuestas satisfactorias.

Por ese motivo, considero que una política pública de estas características requiere de una permanente revisión, con plena participación indígena, para poder realizar las modificaciones, aportes y ajustes necesarios para poder alcanzar el objetivo por el cual fue diseñada.

¹⁰⁸SALGADO, Juan Manuel, Comentarios sobre la sanción de la ley N° 26894, Notas de Legislación, Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo, Año LXXIII, N°32, Ed. La Ley, 2013

¹⁰⁹ ANAYA, James. Op cit. párr. 33

4. ANÁLISIS DE DIVERSAS INTERVENCIONES DE LOS PODERES ESTATALES EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY N° 26.160

Durante los últimos años se han desarrollado diferentes documentos, por parte de organizaciones indígenas y organismos de derechos humanos comprometidos con su lucha, en los cuales se manifiesta con profunda preocupación diversas cuestiones que hacen a la implementación y ejecución de esta ley. Tomando como punto de partida esos diagnósticos¹¹⁰ de situación desarrollaré algunos comentarios sobre los avances, retrocesos y desafíos pendientes que se observan a partir de las intervenciones de los poderes estatales en relación con la ley bajo estudio.

4.1. Intervención del poder judicial en materia de desalojos y relevamientos territoriales de comunidades indígenas

Se sabe que las dificultades que encuentran los pueblos indígenas para acceder a la justicia son anteriores a la sanción de la Ley N° 26.160 y se mantienen en forma continua y persistente. Todavía existen obstáculos estructurales, procesales, simbólicos y culturales al momento de solicitar la intervención de la justicia para el pleno ejercicio de derechos colectivos e individuales de las comunidades¹¹¹.

A pesar de la importante recepción interna de la normativa internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, aún resta un desarrollo institucional adecuado a las exigencias planteadas por estos derechos. En el caso del Poder Judicial, encontramos que en muchos casos, aún responde a una estructura “occidental/hegemónica” y le cuesta adecuar sus instituciones, procesos y tipo de respuesta a la resolución de conflictos donde se plantean derechos individuales y colectivos de las comunidades indígenas. En este contexto, el caso de la norma bajo análisis resulta interesante ya que interpela (o debería) a los actores que integran la administración de justicia desde diferentes ámbitos.

En primer lugar, al determinar la suspensión de los procesos que puedan llegar a implicar el desalojo de una comunidad o parte de ella. Es decir, en todos los fueros, jurisdicciones e instancias del país, en los casos cuyo objeto impliquen el desalojo indígena el/la juez/a deberá aplicar de oficio esta norma (de emergencia y orden público).

En segundo lugar, debido a que la norma es clara al ordenar que se lleve a cabo el Relevamiento. Una mirada basada en la teorías estrictas de la división de poderes y de los roles que deben asumir, se preguntaría hasta qué punto el Poder Judicial puede colaborar al respecto. Sin embargo, creo que –como en otros casos vinculados con

¹¹⁰Dos de los informes más completos a los que me refiero son: ENDEPA (Equipo Nacional de Pastoral Aborigen), Nueva Advertencia sobre la inejecución de la Ley N° 26.160. La brecha entre las declaraciones y la realidad en materia de derechos territoriales indígenas, julio de 2013. y Auditoría General de la Nación Informe de Auditoría. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Programa 16- Atención y Desarrollo de Poblaciones Indígenas: Informe completo disponible en: http://agn.gov.ar/files/informes/2012_083info.pdf

¹¹¹ Para mayor información sobre obstáculos en el acceso a la justicia ver: Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas, Ministerio Público de la Defensa, Año 2010. Disponible en www.mpd.gov.ar

derechos sociales— ante la eventual omisión por parte de los organismos competentes para realizar el relevamiento territorial, o cualquier otra política pública orientada a las comunidades indígenas, los integrantes del poder judicial tienen la obligación de exigir su cumplimiento y supervisar su ejecución.

4.1.1. Desalojos y criminalización de la lucha indígena

Lamentablemente a pesar de la forma expresa en que la norma lo señala, los desalojos han continuado, a través de diferentes tipos de procesos judiciales civiles o penales.

La situación de las comunidades de la Patagonia que describe a continuación Micaela Gomiz, abogada especialista en la temática, puede extenderse o replicarse en numerosas comunidades de otras provincias ya que pasan por la misma situación: *“Hay una lógica que se repite: comunidades sin títulos oficiales de sus tierras pero con ocupación tradicional, títulos (ilegales, ilegítimos o fraudulentos) en manos de terceros sin posesión de la tierra, jueces civiles que reciben procesos posesorios para desalojar rápidamente mediante medidas cautelares que dictan en 24 horas y sin intervención de la Comunidad, y las posteriores denuncias penales por usurpación o desobediencia a las medidas cautelares ilegales”*¹¹².

En general, en esos procesos civiles el abordaje y tratamiento por parte del poder judicial se lleva a cabo aplicando el derecho privado, sin tener en consideración los derechos indígenas a la propiedad comunitaria, y por supuesto, sin generar espacios para garantizar la participación y consulta apropiada por parte de la comunidad. En palabras de Juan Manuel Salgado, *“la ignorancia de la distinción, fundamental para la preservación de los derechos de los pueblos indígenas, ha llevado a muchos tribunales a considerar las controversias y la prueba a la luz exclusiva del código civil, con el resultado de otorgar prioridad a las reclamaciones de particulares por desconocerse las diversas formas de uso tradicional que se encuentran comprendidos en la protección de la posesión indígena. De ese modo, la suspensión de desalojos dispuesta en el artículo 2 de la ley N° 26.160 ha funcionado en pocas ocasiones, casi siempre en casos que la ocupación tenía características similares a las determinadas para la posesión civil”*¹¹³.

A la vez, dejando de lado las sentencias de desalojos, también hay una situación que continúa: el avance de la frontera agropecuaria con el consecuente desplazamiento de las comunidades. Un ejemplo de esta situación, se da en el Departamento de San Martín donde viven numerosas comunidades indígenas y frente al avance del cultivo han migrado, han visto reducidos significativamente sus territorios y ámbitos de producción/desarrollo o se encuentran resistiendo, enfrentándose a procesos penales¹¹⁴.

Por otro lado, también se observa con preocupación el alto número de causas penales contra los miembros de las comunidades indígenas, especialmente sus líderes y

¹¹²GOMIZ, Micaela, “Criminalización del Pueblo Mapuche en Argentina”, publicado en *“Los Derechos Indígenas tras la Declaración. El Desafío de la Implementación*. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (eds), Universidad Deusto, Serie Derechos Humanos Vol. 20, Año 2013, pp. 414 y 415

¹¹³SALGADO, Juan Manuel, op. cit., pag. III

¹¹⁴BRATICEVIC, Sergio Iván y CABANA, José Lucas: “Aplicación de políticas públicas orientadas a los Pueblos Indígenas. Un análisis comparativo del avance de la frontera agraria y sus contradicciones con el Programa de Relevamiento de la Ley N° 26.160.” *Revista Estado y Políticas Públicas* N°2, pags. 200-201, Año 2014.

lideresas. En general se trata de procesos en los que se los acusa por el delito de “usurpación” o por otros delitos vinculados con los reclamos efectuados en relación con la reivindicación territorial o por otros derechos fundamentales que pudieran ver afectados. Esto ha sido señalado en el Informe del Relator de Naciones Unidas luego de su visita a Argentina, allí señala: “La grave inseguridad jurídica de tierras indígenas se ha reflejado en el alto número de desalojos de comunidades indígenas. La mayoría de estos desalojos han sido producto de órdenes judiciales de tribunales provinciales en donde se acusa a miembros de pueblos indígenas de usurpación de terrenos privados. (...) Preocupa que la mayoría de estos desalojos hayan ocurrido después de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.160 de 2006”.

También se refiere con preocupación a la respuesta estatal que ha criminalizado actos de lucha: *“Se observa que muchos individuos indígenas siguen procesados por supuestos crímenes cometidos en este sentido. En algunos casos, estas protestas y la respuesta de la fuerza pública o terceros privados han generado momentos de violencia y hasta han ocasionado la pérdida de vida de miembros de pueblos indígenas. Se ha alegado que en varios casos ha habido un uso desproporcionado de la fuerza por parte de la policía, y que estos hechos han permanecido impunes mientras miembros comunitarios han sido imputados por sus actos de protesta”*¹¹⁵.

4.1.2. Algunos logros a través de sentencias que garantizaron la protección del territorio comunitario

A pesar de lo expuesto en el punto anterior, también hay que reconocer que se han logrado sentencias favorables, que contemplan el derecho a la propiedad comunitaria, la consulta y la diversidad cultural. Así, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en el caso “Guerrieri”¹¹⁶ invocó la aplicación de la ley N° 26.160 y sus alcances. El Tribunal clasificó la ley como una medida de carácter procesal que instrumenta una protección y un paso del procedimiento para el reconocimiento de derechos territoriales¹¹⁷. En ese fallo, el Dr. Soderó Nievas, expresó: *“Teniendo a la vista dicha ley, y su decreto reglamentario y los fundamentos que dieron lugar a esta sanción, entre ellos el Convenio 169 de la OIT y la nueva cláusula constitucional, del artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, no tengo duda alguna que si el alcance de la protección está destinada a las comunidades indígenas, comprende necesariamente a las personas individuales, a su familia y demás grupo conviviente que no necesariamente integran o consienten en integrar una propiedad comunitaria. Tal inteligencia surge para mí, tanto de la ley como del decreto reglamentario nacional, ya que si bien en primer lugar se refiere a la propiedad comunitaria, también se refiere expresamente a la preexistente, y en este último caso no es necesario que estén inscriptas en el RENACI, pues es claro que la finalidad de la ley es reconocer y proteger constitucionalmente la posesión y propiedad”*. A la vez, señaló *“(...) hay que apartarse de una interpretación literal de la ley que parece dirigida únicamente a comunidades o propiedades comunitarias, para ocuparse realmente de los poseedores y*

¹¹⁵ ANAYA, James. Op cit. pags. 13-14

¹¹⁶ “Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodríguez, Cristian s/ ordinario s/ casación” (Expte. N°22285-STJ-) (reivindicatoria). Sentencia del 14 de agosto de 2008

¹¹⁷ KOSOVSKY, Fernando, “La protección estatal de la ocupación tradicional: Cuestionamientos “actuales” en torno a la ley N° 26.160”, ponencia en las “Jornadas Patagónicas de Derecho Indígena en Comodoro Rivadavia el 7 de octubre de 2012. Versión digital en www.derechosindigenas.org.ar

ocupantes que son los que verdaderamente o ciertamente deben ser protegidos como preexistentes. (...)”

El mismo magistrado en el caso “Lemunao”¹¹⁸ sostuvo que debía suspenderse el trámite (interdicto de recobrar) mientras dure la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas. En los tribunales de primera instancia de esa provincia también se han logrado sentencias favorables. Un ejemplo de ello es el caso de la comunidad Mapuche José Manuel Pichún¹¹⁹, impulsado por la provincia de Río Negro y la empresa EMFORSA –sociedad con capital estatal rionegrino–. La comunidad pidió su rechazo debido a que se trataba de tierras pertenecientes a la propiedad y posesión comunitarias y el Juez justificó la improcedencia de la acción de desalojo contra la posesión comunitaria indígena, basándose en que la posesión y propiedad comunitarias de los pueblos indígenas emanan de un derecho constitucional, no alcanzado por una acción personal de desalojo ni tampoco, en principio, por una acción reivindicatoria. Un aspecto fundamental, en relación con la interpretación de la Ley N° 26.160 se da al indicar que *“la ocupación tradicional se presume siempre actual, subsistente, una vez que se ha comprobado la supervivencia de una comunidad indígena. El término “actual” utilizado por la norma infra-constitucional que estableció el relevamiento de las comunidades originarias a efectos de cumplir con el imperativo suprallegal (artículo 2 de la ley N° 26.160) es simplemente una redundancia que no quita ni agrega nada al concepto constitucional que pretende reglamentar, porque la ocupación tradicional de la norma superior siempre debe reputarse actual”*¹²⁰.

En materia de causas penales vinculadas a reclamos llevados a cabo por las comunidades –ante la falta respuesta por parte de las autoridades competentes luego de intentar ser oídos a través de las vías formales– se han logrado algunas sentencias que tienen en cuenta aspectos de la diversidad cultural y el derecho a la protesta¹²¹.

4.1.3. Escasa intervención judicial para exigir el cumplimiento del artículo 3 de la ley (relevamiento técnico jurídico catastral)

A pesar de que ante el reclamo de una comunidad indígena los actores de la administración de justicia, deben exigir el cumplimiento de la ley N° 26.160 a las autoridades competentes que correspondan, no son numerosos los casos en que desde el

¹¹⁸ “Criado de Marful, Irme E. c/ Lemunao, Delia y otros s/ Interdicto de Recobrar – Sumarísimo s/casación (Expte. N°24522/10 STJ)” Sentencia del 6 de junio de 2011

¹¹⁹ “Provincia de Río Negro c/ Valle, Nicolás y otros s/ DESALOJO (Sumarísimo)” que tramitó ante el Juzgado Civil, Comercial y Minería Nro.5, Sec. 1,

¹²⁰ Cons. 5 de la sentencia mencionada.

¹²¹ Un ejemplo de esta situación, se da en el fallo “Santillán, Agustín y otros s/ Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra” Expte. N° 49928 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia. Se trata de una denuncia penal contra dos miembros de una comunidad wichi de Ingeniero Juárez, Formosa, que habían hecho reclamos sobre la Ruta Nacional N°81. La Cámara revocó el procesamiento –por el delito de entorpecimiento de transporte por vía terrestre– fallo y a lo largo de la sentencia resaltó que se trata de un caso donde la *diversidad cultural y los derechos indígenas* no pueden ser desconocidos. Los jueces destacan que se encuentran en juego derechos que deben ser ponderados teniendo en cuenta la diversidad cultural de los miembros involucrados y de la normativa invocada. Además, señalan que ni el ámbito penal, y mucho menos el avance de un proceso judicial en contra, fue la respuesta que debió darse a la situación por la que atravesaban los imputados. Similar respuesta dio esa Cámara de Apelaciones al revocar el procesamiento de Félix Díaz y Amanda Asijak, ambos referentes de la comunidad *qom Potae Napocna Navogoh*, quienes junto con otros miembros de su comunidad realizaron una protesta sobre la Ruta Nacional N°86 para reclamar sus derechos territoriales. En ese caso, se había comenzado a construir un instituto universitario sin ningún tipo de procedimiento de consulta.

ámbito judicial se ha instado al Poder Ejecutivo –nacional o local– para que lleve a cabo el relevamiento.

A través del litigio se han logrado grandes avances y reconocimientos en materia de derecho indígena, sin embargo, aún resta un largo recorrido para lograr una correcta implementación de los derechos de los pueblos indígenas en los procesos judiciales

Esta situación debe llamarnos la atención si se tiene en cuenta que tiempo atrás había una ausencia de tradición de exigencia de derechos a través de mecanismos judiciales, a lo que debía sumarse la falta de percepción de ciertos conflictos colectivos en términos de violación de derechos¹²². Sin embargo, en la última década esta cuestión dejó de ser novedosa, la judicialización de las políticas públicas ha sido analizada y estudiada en diversas oportunidades, y más allá de sus éxitos o fracasos, en caso de plantearse una estrategia jurídica correcta puede servir como herramienta para salvaguardar derechos frente al incumplimiento de políticas públicas.

Al respecto, Víctor Abramovich tiene dicho *“la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica de sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas”*¹²³. En este caso, a pesar de las demoras en que se ha incurrido para realizar el relevamiento no son numerosos los casos en que se haya llevado a cabo el debido a la orden de la justicia. Uno de los casos más reconocidos fue el de la Comunidad *qom Potae Napocna Navogoh* de la provincia de Formosa en el que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación fue quien –aún sin resolver cuestiones de competencia– ordenó que se lleve a cabo el relevamiento¹²⁴. Sin embargo, en todos los casos, para lograr la efectiva protección de derechos, este tipo de decisiones requieren de parte del Poder Judicial un seguimiento permanente durante la ejecución e implementación del Programa.

No debe perderse de vista que el objetivo principal del relevamiento es la individualización de la ocupación comunitaria basándose en los antecedentes aportados por la comunidad, respetando las modalidades del uso de la tierra y pautas culturales mediante la realización de un mapa que refleje cuál es la situación de la comunidad. Por supuesto, en todo el proceso deberá garantizarse la consulta y participación de sus miembros. Es decir, si se avanza en la ejecución de un relevamiento y no se respetan los compromisos previos y los principios rectores de los derechos humanos de los pueblos indígenas, sólo se estará profundizando el conflicto territorial. En ese sentido, el rol del poder judicial en la supervisión de la ejecución es fundamental.

Para dar cierre a este punto, comparto las palabras de Eduardo Hualpa *“corresponde a todos los funcionarios del Estado el cumplimiento de estos derechos y a los jueces la tutela judicial efectiva, tarea que comienza por reconocer la realidad indígena,*

¹²² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Año 2002, Ed. Trotta, pag. 131

¹²³ ABRAMOVICH, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, Revista de la CEPAL, No 88, Abril 2006, pág. 36.

¹²⁴ “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, provincia de y otros s/ medida cautelar” (CSJN, Tomo 47, Letra C, Expte. Nº528/2011)

aceptarla como algo diverso y que enriquece nuestro mundo. Todos los que de una u otra forma trabajamos en el sistema institucional y particularmente en el de justicia debemos hacer nuestro máximo esfuerzo en ese sentido, para que sea una realidad el reconocimiento de los derechos que nuestra Constitución en su artículo 75 inc. 17 promete a los pueblos indígenas”¹²⁵.

4.2. Ejecución del relevamiento territorial a cargo del Poder Ejecutivo nacional y de los gobiernos locales

La implementación y ejecución del relevamiento territorial puede encontrar dificultades debido a que se trata de un proceso complejo que demanda recursos humanos, económicos y numerosas gestiones administrativas, que como consecuencia requiere un alto grado de coordinación.

Sin embargo, al observar su implementación no puede pasarse por alto que, justamente las provincias donde se observa un crecimiento de los conflictos indígenas, sean las que más demoran en acordar con el Estado Nacional para poner en marcha el Programa. En el año 2010, el CERD –si bien celebró la ley– señaló con preocupación que hasta ese momento seis provincias no habían aceptado la aplicación de la norma y recomendó al Estado que intensifique los esfuerzos para lograr su implementación en todas las provincias que tienen población indígena¹²⁶.

Tal como he mencionado previamente son numerosos los documentos en los que se ha señalado con preocupación el lento avance del relevamiento.

Por ese motivo, especialmente me interesa analizar las dificultades u obstáculos que se presentan al momento llevar a cabo ciertas tareas que requiere el relevamiento de manera descentralizada o articulada con las provincias. Como desarrollaré a continuación, su impacto es más bien negativo en la efectivización de los derechos involucrados.

De acuerdo a la reglamentación de la norma mencionada previamente, al referirse a la implementación de la ley se señala que es necesaria la articulación entre el Estado Nacional (a través del INAI) y el Estado Provincial (a través de los diferentes organismos/institutos que trabajan con la temática indígena). Así, en el Programa de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas, se indica: El INAI es el encargado de la instrumentación del reconocimiento constitucional de los territorios de las comunidades de los Pueblos Indígenas que habitan en Argentina. La implementación del Programa se realizará a través de un ‘Equipo de Coordinación del Programa’ dependiente de la Dirección mencionada y con los Equipos Técnicos Operativos de cada Provincia. De ese modo, el relevamiento se llevó a cabo de manera centralizada en varias provincias, pero principalmente en aquellas en las que no hay un alto grado de presencia de comunidades originarias, y como consecuencia, de conflictividad sobre reclamos territoriales. Sin embargo, recién en el 2012 se logró suscribir los convenios¹²⁷

¹²⁵ HUALPA, Eduardo, ¿Hay jurisprudencia nacional y provincial sobre los derechos de los pueblos indígenas?, en Derecho Constitucional Indígena, Coord. Julio C. García, Ed. ConTexto Libros, 2012, pag. 403

¹²⁶ CERD- Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/ARG/CO/19-20, 16 de Marzo 2010, Parr. 20

¹²⁷ En el caso de Formosa, en el año 2010 se firmó un convenio marco, sin embargo dos años después, se suscribió el convenio Específico.

con las provincias de Neuquén y Formosa para dar inicio a las tareas de territoriales del relevamiento. Así lo reconoció el propio INAI en un Informe que presentó al Senado de la Nación en agosto de 2013: “*En la primera etapa se inició la gestión de la firma de los primeros Convenios con las provincias y organismos indígenas locales, dentro de una difícil gestión con las mismas, dadas por diferencias en la interpretación de las facultades concurrentes*”¹²⁸. En este contexto, en el caso de la provincia de Formosa – tal como mencioné previamente– se ha acudido a los tribunales para exigir mediante una acción de amparo el cumplimiento de la ley y la escrituración y titulación del territorio comunitario. La intervención del Poder Judicial en este caso permitió que el INAI y la provincia, al menos den los primeros pasos para avanzar en las gestiones que requiere el Relevamiento Territorial.

La consecuencia directa de la falta de consensos para llevar a cabo el relevamiento, es la falta de efectivización de derechos de las comunidades indígenas que no logran el reconocimiento y la protección de su territorio comunitario.

El camino por recorrer es más largo si se tiene en cuenta que no se trata solamente de llevar a cabo el relevamiento, sino que se encuentra pendiente –en muchos casos– la escrituración y titulación de esas tierras. Es decir que la ley no prevé una solución a la cuestión de la propiedad comunitaria y su correspondiente titulación. Ese sigue siendo un desafío pendiente para el Estado que deja a las comunidades en una situación de vulnerabilidad respecto de la seguridad jurídica sobre sus territorios¹²⁹.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara al referirse al deber de los estados de “*delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de comunidades indígenas*”¹³⁰.

Diferentes organismos se refirieron a esta cuestión, el Comité DESC advirtió “con preocupación que la ley N° 26.660/26.554, referida a la posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas no es completamente implementada. También expresa su preocupación por las demoras en proveer a las comunidades indígenas con los títulos de dichas tierras o territorios” (...) e indica que “*urge al Estado parte a asegurar la completa y coordinada implementación de la ley N° 26.160/26.554 tanto a nivel federal como a nivel provincial. El Comité recomienda que el Estado (...) finalice la demarcación en todas las provincias tal como está previsto en la Constitución y en las leyes vigentes y que apresure el otorgamiento de los títulos de propiedad a las comunidades indígenas*”¹³¹.

¹²⁸Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, (MNDS) Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), Informe sobre la Ejecución de las leyes N° 26.160 y N° 26.554. Estado de situación del Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas de Argentina, Buenos Aires, Agosto de 2013, pág. 5. Documento disponible al momento de la elaboración del artículo en el siguiente link de la página del Senado de la Nación: <http://eventos.senado.gov.ar:88/12997.pdf>

¹²⁹Al respecto, el INAI en el informe al Senado menciona “la necesidad de sancionar una Ley específica de Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, la cual completaría el ciclo iniciado por la ley N° 26.160 que todavía seguimos transitando.”Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (MNDS, op. cit.

¹³⁰ Cfr. Caso de la Comunidad Xamok Kasek vs. Paraguay, párr. 109, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, párr. 164; Caso de la Comunidad Indígenas Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 215 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 194.

¹³¹Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observaciones finales sobre Argentina, 14 de diciembre de 2011, E/C.12/ARG/CO/3. Parr. 8.

Por su parte, el Relator Especial hizo “un llamado al Gobierno nacional, y especialmente a los gobiernos provinciales y a los tribunales, para que apliquen la letra y el espíritu de las leyes N° 26.160 y N° 26.554 y suspendan todos los actos procesales o administrativos de desalojo de comunidades indígenas hasta que se realice el proceso de relevamiento técnico-jurídico de las tierras ocupadas por pueblos indígenas. En particular, se deben tomar medidas inmediatas para responder a las demandas de las comunidades indígenas que se encuentran en riesgo inminente de ser desalojadas”¹³².

En el ámbito interno, recientemente la Defensoría del Pueblo de la Nación exhorto al INAI a ejecutar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por la Comunidad Mapuche Tambo Baéz de conformidad con lo dispuesto por la ley N° 26.160¹³³.

4.3. El rol del Poder Legislativo

Sin perjuicio del rol activo que la 26.160 asigna a los otros poderes estatales, tal como fue desarrollado en los puntos anteriores, entiendo que el Poder Legislativo también merece especial atención. Principalmente, debido a que luego de su sanción, tuvo –al menos– dos oportunidades para revisar, brindar aportes o modificaciones a la ley. Sin embargo, sólo se limitó a prorrogar los plazos allí estipulados.

Desde mi punto de vista, el Congreso de la Nación es el lugar que cuenta con mayores espacios para debate y participación y hubiese sido interesante aprovechar las instancias de las leyes N° 26.554 (noviembre de 2009) y N° 26.894 (septiembre de 2013) ya sea para consultar a las comunidades respecto de la implementación y ejecución de dicha norma, solicitar mayor información al INAI y a los organismos provinciales que correspondan, conocer cuál era el estado de situación y, de ese modo garantizar la participación de todos los actores involucrados. Este tipo de actos son los que permiten perfeccionar la implementación de las políticas públicas y garantizar una mejor ejecución, que sostenga el objetivo principal por el cual se tomó la decisión, en este caso, de dictar una ley de emergencia.

Sin perjuicio de ello, en los últimos años, en el ámbito del Poder Legislativo se han generado algunos espacios de debate sobre la implementación de la norma¹³⁴. Para finalizar, reitero que la importancia de este poder estatal encuentra dos motivos principales: primero, como espacio de participación y debate, y segundo, debido a la posibilidad de –a partir de la información obtenida (por parte de órganos nacionales y provinciales, organizaciones indígenas y de la sociedad civil)– evaluar la congruencia normativa, su grado de aplicación y posibles modificaciones que puedan requerir las leyes vigentes en materia de derecho indígena. Todas cuestiones relevantes para brindar un marco de mayor protección y efectivización de derechos.

¹³² ANAYA, James. Op Cit. 20. Asimismo, en el ámbito de la OIT se tiene dicho “si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido... el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado” Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009: página 742.

¹³³ Cfr. artículo 2 de la Resolución DPN N°00013/14 de fecha 10 de julio de 2014.

¹³⁴ Especialmente me refiero al ámbito de la Comisión de Población y Desarrollo, que incluso ha tenido oportunidad de solicitar una audiencia con el INAI, celebrada en el mes de agosto de 2012 para recabar información sobre el estado de ejecución de la ley N° 26.160.

5. LA IMPORTANCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Algunos principios fundamentales tenidos en consideración por el enfoque de derechos son la universalidad, la exigibilidad, la participación social, la integralidad y la progresividad. A la vez, la participación social se vincula con la exigibilidad pero también es un derecho en sí mismo.

Esta mirada se centrará en la titularidad de los derechos que las comunidades indígenas pueden exigir al Estado, y será relevante en todas las etapas de ese proceso de las políticas públicas.

En palabras de Víctor Abramovich este enfoque *“considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas”*¹³⁵.

Toledo Llancaqueo, quien cuenta con experiencia en el estudio de las políticas públicas orientadas a pueblos indígenas, al referirse al enfoque de derechos humanos señala que *“proporciona un sistema coherente de conceptos, principios, parámetros y reglas, para la formulación, implementación y evaluación de las políticas y acuerdos constructivos entre estados y pueblos indígenas”*¹³⁶. De ese modo, toma algunos elementos claves del marco conceptual basado en derechos: una base política y jurídica que se apoye en el derecho internacional de los derechos humanos, la presencia de estándares normativos¹³⁷ que sirvan de guía para el diseño de políticas públicas y para orientar los objetivos de las políticas en términos de cumplimiento de derechos.

En el caso de la ley N° 26.160 al inicio contempló ciertos aspectos como política pública con enfoque de derechos, especialmente tomando en cuenta la Res. 587/2007 – en cuanto a referencias a derechos contenidos en Convenio 169 y espacios de participación de las comunidades–. Sin embargo, tal como fue desarrollado en los puntos anteriores, teniendo en cuenta cómo se llevó a cabo la implementación hasta el momento, se observa que hay numerosas cuestiones que no fueron sostenidas en el tiempo o directamente no se consideraron nunca. El diseño, la implementación y

¹³⁵ ABRAMOVICH, Víctor. (2006) Op. cit.

¹³⁶ TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor, “Políticas Públicas basadas en derechos. Un marco conceptual para políticas indígenas”, (Versión resumida de Informe elaborado por el autor para estudio Temático del Relator Especial de Naciones Unidas Para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas – OACNUDH. Ginebra Octubre 2007), pag. 6 y 8. Versión digital disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net>

¹³⁷ Los estándares mínimos de derechos de los pueblos indígenas están establecidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Parala Eliminación de la Discriminación Racial, entre otros instrumentos que integran el derecho internacional de los derechos humanos. A la vez, como es sabido, se deberán tener en cuenta la jurisprudencia del SIDH y las recomendaciones de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de los instrumentos mencionados.

ejecución de políticas públicas basadas en enfoque de derechos requiere un cambio en la institucionalidad estatal. Este puede llegar a ser uno de los desafíos más difíciles de superar pero es fundamental para lograr su operatividad, si es que se pretenden llevar a cabo seriamente las políticas diseñadas. Raquel Yrigoyen Fajardo también señala la importancia de que los cambios institucionales acompañen los avances normativos o políticas estatales y señala *“la incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas (...) generaron una inflación de derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales para hacerlos efectivos. Esos cambios constitucionales dejaron pendiente la tarea de revisión de todo el derecho constitucional, administrativo, civil, penal, etc. para poder dar cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos”*¹³⁸. En palabras de Toledo Llancaqueo, esas políticas y procesos de desarrollos basados en derechos *“implican transformaciones en las relaciones de poder entre indígenas y Estado, la creación de espacios de participación, gobernanza y cogestión con los pueblos indígenas (...). Se trata de una profundización de democracia, con institucionalidad y procedimientos que garantizan el cumplimiento de los derechos humanos. (...) En América Latina ha habido un reconocimiento de los derechos los pueblos indígenas, incompleto, y sin redistribución”*¹³⁹. En el mismo sentido, Cunill Grau señala que la consulta y participación en los procesos de decisión de políticas públicas sociales están directamente definidas en normas internacionales o constitucionales¹⁴⁰. En el caso particular de diseñar e implementar políticas públicas orientadas a la efectivización de derechos indígenas, siempre deberán tenerse en consideración los estándares de consulta y participación, sin ellos el enfoque de derechos no será suficiente para garantizar el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El tiempo transcurrido y los resultados obtenidos hasta el momento, deberían llamarnos a la reflexión para perfeccionar y mejorar las políticas públicas en materia de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas que se implementen y propongan a futuro en nuestro país.

6. ÚLTIMAS REFLEXIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS

Teniendo en cuenta lo señalado en los apartados anteriores y las dificultades encontradas por las comunidades para efectivizar sus derechos territoriales, entiendo que sería importante la realización de un estudio profundo sobre el modo en el que se va a dar continuidad a la ejecución de la ley N° 26.160 y otras que puedan surgir.

La meta de la reparación histórica de los pueblos indígenas debe seguir siendo la guía para continuar perfeccionando y ajustando las intervenciones del Estado a través de todas sus instituciones. No pierdo de vista que los conflictos territoriales tienen un grado de complejidad alto y se presentan como procesos que requieren la intervención y participación de diferentes actores con múltiples intereses diversos.

¹³⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización” en *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (coord.) Ed. Siglo XXI, 2011., pág. 143.

¹³⁹ TOLEDO LLANCAQUEO, op. cit. pág. 13 y 14

¹⁴⁰ CUNILL GRAU, Nuria. Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 46, Febrero 2010.

Por ese motivo, a partir del breve análisis efectuado, recabé diferentes elementos que podrían contemplarse al momento de continuar con la implementación y ejecución de esta norma o de llevar a cabo cualquier otra política pública (PP) que involucre derechos de los pueblos indígenas: 1) seguir los estándares vigentes en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas como guía –en todas las etapas de las PP–, principalmente, aquellos vinculados con consulta y participación; 2) garantizar mecanismos a través de los cuales se pueda llevar a cabo un control periódico de la ejecución de la PP. (pueden ser mecanismos de transparencia y rendición de cuentas, 3) garantizar un especial acceso de la información pública vinculada con la temática; 4) elaborar participativamente indicadores que permitan saber si efectivamente se están tutelando derechos. (No sólo para evitar desalojos o llevar a cabo relevamientos, sino para dar cumplimiento efectivo a los derechos ya reconocidos)¹⁴¹; 5) capacitar en materia de derecho indígena a los actores de la administración de justicia en todos sus niveles¹⁴²; 6) realizar relevamientos y mapeos comunitarios: el caso de la Comunidad Paichil Antriao puede tomarse como un antecedente trascendente. Este tipo de procesos no sólo permitirá ser un reflejo fiel de los territorios comunitarios relevados sino que además “el mapeo cultural, al ser realizado participativamente y por los propios pobladores y pobladoras, resulta en un fortalecimiento de los lazos comunitarios, constituyéndose en un motor de la identidad y de la sistematización de la cultura. Los mapas culturales comunitarios constituyen documentos que inscriben la cultura y funcionan como espacios de representación de los conocimientos tradicionales”¹⁴³; 7) realizar una revisión legislativa y un serio análisis de los contenidos en la legislación nacional y provincial para unificar criterios y respetar los estándares señalados¹⁴⁴. Debe recordarse que la mayoría de la legislación provincial y nacional referente a pueblos indígenas es anterior a la reforma constitucional, por consiguiente está superada por los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. Así, al profundizar en el contenido de la legislación que tutela el derecho al territorio indígena, se observa que su reconocimiento es más sesgado de lo que debería; 8) avanzar en la creación de mecanismos y procesos adecuados donde la ocupación tradicional sea fuente de derechos de propiedad y posesión, brindando de ese modo seguridad jurídica sobre esos territorios a los pueblos indígenas.

En las condiciones actuales de aplicación, claramente la declaración de una ley de emergencia y de orden público, sólo se presenta como un piso mínimo para brindar protección frente a diferentes avasallamientos que sufren las comunidades.

¹⁴¹Ejemplos de dicha información podrían ser: publicidad de estadísticas tri o cuatrimestrales en Internet sobre los avances de la implementación, asignaciones, erogaciones, comunidades relevadas o en proceso de serlo, personal contratado, convenios celebrados, resoluciones emitidas, etc.

¹⁴² ANAYA, James. Op. cit. Recomendación: “se deben emprender programas de capacitación para funcionarios del poder judicial a nivel nacional y provincial sobre las normas nacionales e internacionales en materia de pueblos indígenas, y en particular sobre los derechos a sus tierras y recursos naturales.”

¹⁴³ Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (ODHPI): “Informe final de los resultados del Relevamiento territorial, histórico, social y cultural de la comunidad mapuce LOF PAICHIL ANTRIAO”, Neuquén, Puel Mapu, noviembre de 2013, pag. 14

¹⁴⁴ Para mayor análisis sobre esta temática ver GRILLO, Iríde Isabel María, “Pueblos Indígenas y tutela constitucional efectiva. El acceso a la justicia: la mirada de los jueces”, en Derecho Constitucional Indígena, Coord. Julio C. García, Ed. ConTexto Libros, 2012, pag. 198 y sig.. Así como también BERRAONDO LOPEZ, Mikel: “Pueblos Indígenas y derechos territoriales: Entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional”, publicado en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Emiliano Borja Jiménez (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Año 2006, págs. 161-192

Entiendo que dar cumplimiento a algunas de estas propuestas, representaría una revisión profunda de las políticas públicas vigentes, lo que implicará un esfuerzo importante, pero que no significa desechar todo el camino recorrido hasta el momento. En palabras de Boaventura de Sousa Santos, habrá que reconstruir los derechos humanos en términos interculturales para que puedan dar cuenta de la diversidad de la dignidad humana, de las diferentes concepciones¹⁴⁵. El reconocimiento de las comunidades indígenas como integrantes de pueblos con identidad propia y con derechos colectivos – que se derivan de su presencia histórica y contemporánea– presenta un desafío permanente para sostener una relación basada en esos derechos reconocidos.

¹⁴⁵ De Sousa Santos, Boaventura, *Las Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, en *Plurinacionalidad, Democracia en la Diversidad*. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Compiladores), Ed. Abya Yala, Quito, Ecuador, 2009. pág. 27.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ed. Trotta, Año 2002.

ABRAMOVICH, Víctor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, Revista de la CEPAL, No 88, Abril 2006.

ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina. A/HRC/21/47/Add.2., 4 de julio de 2012.

BERRAONDO LOPEZ, Mikel. “Pueblos Indígenas y derechos territoriales: Entre el derecho consuetudinario y el derecho constitucional”, publicado en *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*, Emiliano Borja Jiménez (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Año 2006, págs. 161-192.

BRATICEVIC, Sergio Iván y CABANA, José Lucas. “Aplicación de políticas públicas orientadas a los Pueblos Indígenas. Un análisis comparativo del avance de la frontera agraria y sus contradicciones con el Programa de Relevamiento de la Ley 26.160.” Revista Estado y Políticas Públicas N°2, págs. 200-201, Año 2014.

Comité DESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas). Observaciones finales sobre Argentina, 14 de diciembre de 2011, E/C.12/ARG/CO/3. Parr. 8.

CERD- Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/ARG/CO/19-20, 16 de Marzo 2010.

CUNILL GRAU, Nuria. Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública, Revista del CLAD Reforma y Democracia, N° 46, Febrero 2010.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Las Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, en Plurinacionalidad, Democracia en la Diversidad. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Compiladores), Ed. Abya Yala, Quito, Ecuador, 2009.

Defensoría del Pueblo de la Nación. Resolución DPN N°00013/14, 10 de julio de 2014.

ENDEPA (Equipo Nacional de Pastoral Aborigen), Nueva Advertencia sobre la inejecución de la Ley 26.160. La brecha entre las declaraciones y la realidad en materia de derechos territoriales indígenas, julio de 2013. y Auditoría General de la Nación Informe de Auditoría. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Programa 16- Atención y Desarrollo de Poblaciones Indígenas. Disponible en: http://agn.gov.ar/files/informes/2012_083info.pdf

GRILLO, Iríde Isabel María. “Pueblos Indígenas y tutela constitucional efectiva. El acceso a la justicia: la mirada de los jueces”, en Derecho Constitucional Indígena, Coord. Julio C. García, Ed. ConTexto Libros, 2012, pag. 198 y sig.

GOMIZ, Micaela. “Criminalización del Pueblo Mapuche en Argentina”, publicado en “*Los Derechos Indígenas tras la Declaración. El Desafío de la Implementación*”. Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (eds), Universidad Deusto, Serie Derechos Humanos Vol. 20, Año 2013.

HUALPA, Eduardo. ¿Hay jurisprudencia nacional y provincial sobre los derechos de los pueblos indígenas?, en *Derecho Constitucional Indígena*, Coord. Julio C. García, Ed. ConTexto Libros, 2012.

KOSOVSKY, Fernando. “*La protección estatal de la ocupación tradicional: Cuestionamientos “actuales” en torno a la ley 26.160*”, ponencia de las Jornadas de la AADI en la Ciudad de Comodoro Rivadavia, año XX. Disponible en: www.derechosindigenas.org

Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. (MNDS) Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), Informe sobre la Ejecución de las leyes 26.160 y 26.554. Estado de situación del Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas de Argentina, Buenos Aires, Agosto de 2013, pág. 5. Documento disponible al momento de la elaboración del artículo en el siguiente link de la página del Senado de la Nación: <http://eventos.senado.gov.ar:88/12997.pdf>

Ministerio Público de la Defensa. Acceso a la justicia de los pueblos indígenas, Año 2010, Disponible en: www.mpd.gov.ar

Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (ODHPI). “Informe final de los resultados del Relevamiento territorial, histórico, social y cultural de la comunidad mapuce LOF PAICHIL ANTRIAO”, Neuquén, Puel Mapu, noviembre de 2013.

OZLAK, Oscar y O’DONELL, Guillermo. (1976), “Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G.E. CLACSO N°4.

Reclamación (artículo 24) -2006- Argentina- C169- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores del a Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A).

ROTH DEUBEL, André-Noël. (2002), “*Políticas Públicas. Formulación, Implementación y evaluación*”, Ed. Aurora, Bogota.

SALGADO, Juan Manuel. Comentarios sobre la sanción de la ley 26894, Notas de Legislación, Anales de Legislación Argentina, Boletín Informativo, Año LXXIII, N°32, Ed. La Ley.

TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. “Políticas Públicas basadas en derechos. Un marco conceptual para políticas indígenas”, (Versión resumida de Informe elaborado por el autor para estudio Temático del Relator Especial de Naciones Unidas Para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas – OACNUDH. Ginebra Octubre 2007). Versión digital disponible en:<http://www.politicaspUBLICAS.net>

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización” en El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, César Rodríguez Garavito (coord.) Ed. Siglo XXI, 2011.

Jurisprudencia:

“Caso de la Comunidad xamok Kasek vs. Paraguay, párr. 109, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, párr. 164; Caso de la Comunidad Indígenas Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 215 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 194”.

“Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, provincia de y otros s/ medida cautelar” (CSJN, Tomo 47, Letra C, Expte. N°528/2011).

“Criado de Marful, Irme E. c/ Lemunao, Delia y otros s/ Interdicto de Recobrar – Sumarísimo s/casación (Expte. N°24522/10 STJ)” Sentencia del 6 de junio de 2011.

“Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodriguez, Cristian s/ ordinario s/ casación” (Expte. N°22285-STJ-) (reivindicatoria). Sentencia del 14 de agosto de 2008.

“Provincia de Río Negro c/ Valle, Nicolás y otros s/ DESALOJO (Sumarísimo)” que tramitó ante el Juzgado Civil, Comercial y Minería Nro.5, Sec. 1.

“Santillán, Agustín y otros s/ Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra” Expte. N° 49928 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

María Micaela Gomiz¹⁴⁶

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en nuestro país, en el presente, plantean la constitución de un nuevo *sistema de relaciones* entre el Estado y esos pueblos indígenas.

En ese contexto, la constitucionalización del derecho de propiedad comunitaria indígena de las tierras y territorios de estos pueblos, está basada en un reconocimiento estatal de al menos dos circunstancias: la preexistencia de estos pueblos al Estado argentino y la reparación histórica por el proceso de colonización con despojo territorial sufrido durante siglos.

Sin embargo, las organizaciones indígenas y de derechos humanos siguen denunciando la existencia de una brecha de implementación¹⁴⁷ de esos derechos en la vida de

¹⁴⁶ Abogada, Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

¹⁴⁷ Concepto aportado por el primer Relator Especial sobre Pueblos Indígenas de la ONU Rodolfo Stavenhagen (2006).

las comunidades lo que acarrea un incremento de la criminalización y judicialización de los conflictos con una intervención constante del Poder Judicial.

Este aumento de intervención judicial, no ha significado en todos los casos una garantía de protección de los derechos constitucionales involucrados, ya que todavía se advierten algunas resistencias en la judicatura para aplicar el régimen constitucional de propiedad comunitaria indígena vigente y a entender la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación¹⁴⁸.

2. EL ENFOQUE

Desde una perspectiva integradora, es necesario tener en cuenta que el derecho constitucional a la propiedad comunitaria indígena de las tierras y territorios, además de su reconocimiento expreso en el artículo 75 inciso 17 de la Carta Fundamental, se encuentra precisado en su alcance y sentido por el inciso 22 del mismo artículo, en tanto este último integra el sistema de derechos actualmente vigente o el llamado Bloque de Constitucionalidad Federal¹⁴⁹.

De modo que para un análisis completo de la temática que me ocupa, debemos inexorablemente recurrir al texto de los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y a los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos.

Vale recordar que estos tratados deben ser aplicados en las condiciones de su vigencia, esto significa, no sólo que deben ser aplicados según los modos de aprobación y ratificación, sino, que la jerarquía debe ser comprendida con el alcance interpretativo atribuido a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional y por los órganos encargados de controlar su cumplimiento¹⁵⁰.

Bajo estos parámetros debe tenerse en cuenta, entonces, las implicancias del principio *pacta sunt servanda*, que obliga a los Estados a cumplir con sus obligaciones internacionales y a interpretar los tratados de buena fe teniendo en cuenta el objeto y fin de los mismos (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados); del principio *pro-homine* o *pro-persona* del derecho internacional de los derechos humanos y la necesaria

¹⁴⁸ Artículo 13.1 Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).

¹⁴⁹ La idea de Bloque de Constitucionalidad Federal es un desarrollo de Germán Bidart Campos (ver Bidart Campos, Germán; *“El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”*, Ediar, Buenos Aires. 1995, p. 265 y ss.) aunque hay quienes prefieren hablar de “sistema de derechos” de doble fuente (al respecto Carnota, Walter F.; “El marco teórico-conceptual de los Tratados Internacionales” en Carnota, Walter F. y Maraniello Patricio A., *Tratado de los Tratados Internacionales*, Ed. La Ley, Buenos Aires. 2011, pág. 9). Específicamente en materia de derechos de los pueblos indígenas ha sido Juan Manuel Salgado quien ha advertido que en términos constitucionales no pueden reducirse los derechos reconocidos al texto del artículo 75 inciso 17, ya que sin los tratados internacionales incorporados a través del 75 inciso 22 el alcance del inciso 17 queda recortado y hasta tergiversado en su sentido (sobre esto ver Salgado, Juan Manuel, “El rol del derecho internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Nacional” en García, Julio (Coordinador); *Derecho Constitucional Indígena*, ConTexto Libros, Resistencia. 2012, pág. 267).

¹⁵⁰ Así lo fue confirmando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Giroldi”, “Bramajo”, “Simón”, “Mazzeo” y más recientemente en “Carranza Latrubesse”.

adopción de una interpretación amplia sobre las obligaciones estatales en relación a los derechos fundamentales.

Por otro lado, es imprescindible abordar el derecho constitucional a la propiedad comunitaria indígena siempre en relación al reconocimiento que los Estados hicieron en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP, artículo 3) del derecho a la libre determinación que poseen los Pueblos Indígenas. Este reconocimiento hoy da un nuevo significado al sistema de relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas que ya no puede verse perjudicado en virtud del principio de irretroactividad que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos.

3. EL CONTEXTO

Es importante señalar que no todas las decisiones judiciales que afectan a la propiedad comunitaria indígena son resoluciones que reflexionen y decidan de un modo explícito sobre la temática. En algunos casos, estamos frente a procesos en los que, en apariencia, se discuten intereses entre particulares, y por ello los jueces/as ni siquiera hacen alusión al hecho de que se encuentre involucrado un derecho de los pueblos indígenas. En efecto, incluso en procesos penales que se siguen, siempre, contra miembros individuales de las comunidades, los/as magistrados/as no suelen atender a la circunstancia de que puedan estar involucrados territorios indígenas de carácter comunitario. Todo esto reduce de manera sustancial el cúmulo de sentencias que pueden ser parte de trabajos como el que aquí se propone ya que al no haber referencias explícitas no hay visibilidad de las interpretaciones que sustentan sus fallos.

De todos modos, esta circunstancia, en el marco de un reclamo creciente de las organizaciones indígenas y de derechos humanos alrededor del proceso de criminalización que viven y de judicialización de sus conflictos, no hace más que dejar en evidencia un primer aspecto a tener en cuenta, y que es el hecho de la resistencia de jueces y juezas por reconocer en los casos que abordan el componente indígena, la pertenencia de demandados/as y/o imputados/as a pueblos indígenas, la importancia que tiene para esos pueblos la relación con sus tierras y territorios y las consecuencias que tienen sus fallos para el mantenimiento de la vida colectiva de las comunidades afectadas.

Por otro lado y luego de veinte años de reconocimientos de derechos, los mismos pueblos indígenas han ido judicializando, en muchos casos, algunas de las reivindicaciones en materia de propiedad comunitaria indígena, que en el pasado quedaban en el plano político, y que, frente al nuevo orden constitucional, ahora buscan que el Poder Judicial ponga en funcionamiento las garantías que dan vida a ese derecho.

4. EL PODER JUDICIAL: ¿GARANTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA?

El derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, se fundamenta en la necesidad de asegurar el espacio indispensable para el mantenimiento de la vida colectiva autónoma, como parte de un proceso de reparación. En este sentido se ha afirmado que *“Las tierras, territorios y recursos son la fuente principal de la autonomía, el sostenimiento económico, la cohesión social y cultural y el bienestar de los pueblos indígenas”*¹⁵¹.

El texto constitucional reconoce el derecho de los pueblos indígenas a *“la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”* (artículo 75 inc. 17 C.N.). Esta norma es directamente operativa, habiendo quedado atrás las primeras dudas acerca de si se trataba de una disposición que requería un previo acto legislativo para ser aplicada¹⁵². Asimismo, el Convenio 169 de la O.I.T. y, especialmente, la Corte IDH han ido precisando los deberes estatales que surgen del reconocimiento de los derechos territoriales.

Aunque hacia el año 2001 no se disponía de un desarrollo interpretativo como el actualmente disponible, la claridad de las normas y algunos documentos que ya circulaban (especialmente por la vigencia internacional desde 1990 del Convenio 169 de la O.I.T.) no fueron suficientes para que algunos jueces/zas que comenzaban a estar obligados a su aplicación, lo hicieran de una forma acertada.

Ejemplo de esto es el fallo recaído en la causa **"Comunidad Aborigen Tekoa Ima Y Otro C/ Empresa Mocona S.A. S/ Recurso de Apelación Contra Medida Cautelar Denegada"** de la Cámara de Apelaciones En Lo Civil, Comercial y Laboral de La Tercera Circunscripción de Misiones el 12 de septiembre de 2001. Allí, el Tribunal afirmó que *“El constituyente de 1994, facultó al Congreso (artículo 75 inc. 17) ‘...reconocer la personería jurídica a sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan’ refiriéndose siempre a tierras fiscales o adquiridas por el Estado con ese fin por cualquiera de los medios expuestos, pero no derogó el artículo 17, no puede interpretarse que este inciso constituyó en posesión la simple ocupación de tierras privadas”*¹⁵³.

Pese a que las interpretaciones no eran las más avanzadas, lo cierto es que pudieron, de igual modo servir para reconocer en cierta medida el derecho de propiedad comunitaria indígena. En este sentido, se pueden encontrar algunas decisiones judiciales que, partiendo de reconocer ciertos derechos indígenas, terminan reconociendo la propiedad de alguna porción de tierras a las comunidades indígenas, a través de mecanismos del derecho común.

¹⁵¹ Gomiz, María Micaela y Salgado, Juan Manuel; *“Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino”* 2ª edición, Buenos Aires. 2010, pág. página 183.

¹⁵² Como lo señaló la doctrina por unanimidad, el término “garantizar” que impone la obligación al Congreso, presupone lógicamente la existencia de derechos previamente reconocidos. Por otra parte el carácter operativo de éstos ha sido establecido desde antaño por la Corte en los casos “Siri” (Fallos: 239:459), “Kot” (Fallos: 241:291) y “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492). La jurisprudencia de la Corte posterior a la reforma constitucional ha profundizado esta doctrina.

¹⁵³ Énfasis añadido.

Véase al respecto, las dos sentencias que en sus partes pertinentes se transcriben a continuación, en las que los magistrados hacen una correcta interpretación del carácter del derecho que poseen los pueblos y comunidades indígenas al reconocimiento de su personería jurídica preexistente, para así reconocer la posesión veinteañal de las comunidades y otorgar las tierras a través del instituto de la usucapión. Ambos fallos son de la provincia de Jujuy en dos juicios diferentes.

La primera sentencia data del 14 de septiembre de 2001, de la Sala 1 de la Cámara Civil y Comercial de Jujuy en autos **“Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente - Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy”**. Allí el tribunal afirma que *“...se reconoce que las comunidades aborígenes son preexistentes al Estado Nacional y se adoptan, entre las medidas tuitivas, la asignación de las tierras ‘que tradicionalmente ocupan’, con lo que, evidentemente se garantiza el derecho a la propiedad de las tierras que dichas comunidades vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”*.

Profundiza este análisis al discutir la posición de la Fiscalía de Estado de Jujuy y dice la Cámara: *“Su oposición, parece centrarse en la imposibilidad de que una persona jurídica recién nacida, pudiera acreditar la posesión veinteañal de un bien. Tal defensa, como ya lo analizáramos, parte de un error conceptual, cual es no captar el sentido del derecho constitucional incorporado en 1994. Tal derecho es reconocido no a la persona jurídica que se inscriba para cumplir un requisito legal, sino que por el contrario contempla un derecho de propiedad co-lectiva de los pueblos aborígenes que la propia norma constitucional reconoce como preexistente”*.

Sigue explicando el fallo: *“Ahora bien, la norma constitucional exige que las tierras hayan sido ocupadas “tradicionalmente”, es evidente que ello sólo puede darse por la accesión de posesiones que los grupos ejercieron y se transmitieron, colectivamente, de generación en generación, hasta llegar a esta comunidad, que logra obtener recién, después de la modificación de la Constitución Nacional, su personería jurídica”*.

Por ello, concluye resolviendo *“acreditados que fueron todos los extremos que hacen a la posesión comunitaria, no cabe más que hacer lugar a la demanda, y en consecuencia, declarar y reconocer en favor de la Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente- Pueblo Cochinoca, la propiedad del in-mueble(...). Dicha propiedad se reconoce con las restricciones al dominio, emergentes del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, las que deberán ser inscriptas en el Registro Inmobiliario mediante atestación marginal”*.

En 2005, el segundo fallo al que se hace referencia es dictado en similares términos por el Tribunal Superior de Justicia de Jujuy en los autos caratulados **“Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero - Pueblo Ocloya c/ Cosentini César Eduardo”**.

En esa oportunidad, el Tribunal, haciendo un análisis similar al de la Cámara en cuanto a los efectos de la inscripción de la personería jurídica de la Comunidad involucrada, sostuvo que: *“considero necesario, a modo de aclaración liminar, precisar que –en mi opinión– si bien es posible hacer valer el derecho invocado en la demanda merced al*

ejercicio de la acción de prescripción adquisitiva normada en los artículos 3948, 4015 y concordantes del Código Civil, su procedencia está condicionada a la acabada demostración no solo de la posesión pública, quieta, pacífica, ininterrumpida y "animus domini" del inmueble a usucapir, sino y fundamentalmente de su carácter comunitario y su origen ancestral, porque solo así se responde a la finalidad tenida en miras por el Constituyente al reconocer la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que garantiza la Carta Magna a favor de los pueblos indígenas en su artículo 75 inciso 17 y para cuyo resguardo se la consagra como inenajenable, intransmisible e insusceptible de gravámenes y embargos”.

Además se refirió al carácter de exclusividad del derecho de dominio civil y las diferencias con el derecho reconocido por el artículo 75 inciso 17: *“Por último, cabe una breve alusión al artículo 2401 del Código Civil que se cita en el voto de la mayoría para dar por sentado que no puede ejercerse simultáneamente la posesión a título individual y colectivo del inmueble. Esa norma –que alude a la imposibilidad de que dos o más personas puedan ejercer posesión de igual naturaleza y sobre un mismo bien, porque, evidentemente, una excluye a la otra– debe interpretarse aquí atendiendo a las particularidades del derecho invocado por la actora, esto es el de la propiedad comunitaria de la tierra aborígen, porque ésta responde a patrones distintos a los predicables de la propiedad individual y debe, por tanto, valorarse de diferente manera. Cabe recordar al respecto que la incorporación a nuestro derecho positivo – con rango constitucional– de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas introduce un derecho real nuevo y distinto, no contemplado en el Código Civil (Cfr. Néstor Pedro Sagües, "Elementos de derecho constitucional" Ed. Astrea Bs. As. 1999, tomo II pág. 570 y ss., Miguel Ángel Ekmekdjian "Tratado de Derecho Constitucional Ed. De Palma Bs. As. 1997 tomo IV p 535) y que debe ubicarse, como dije, dentro de un encuadre normativo propio. Siendo así, no encuentro razón para sostener que la propiedad aborígen no permite la coexistencia de espacios de uso comunitario de uso individual o familiar de sus miembros”.*

Por esos años, sin embargo, había algunos juzgados (en general de 1° instancia) que comenzaban a esbozar un derecho diferenciado, basado íntegramente en el derecho constitucional, aplicando operativamente el reconocimiento del derecho a la propiedad de tierras indígenas.

Así, es particularmente relevante la decisión que toma la Jueza de 1° Instancia del Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería con Competencia en Familia, de la V Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén (ciudad de Chos Malal) cuando en un juicio en el que la Comunidad Mapuche Huayquillan solicita la prescripción veinteañal de ciertas tierras, modifica el derecho aplicable y funda el reconocimiento, no ya en el Código Civil, sino en el artículo 75 inciso 17. Expresa la Jueza el 18 de agosto de 2004 en los autos **"Comunidad Mapuche Huayquillan c/Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva"**: *“A la Comunidad actora le hubiere bastado, como lo hizo, acreditar su calidad de pueblo indígena, y la ocupación de las tierras por las que acciona (artículo 75 inc 17 de la Constitución Nacional), para obtener el reconocimiento del derecho que reclama. La Carta Magna reconoce a los indígenas, entre otros, el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, (artículo 75 inc. 17 C.N), lo cual podría entenderse como un*

régimen especial, sin suficientes precisiones con respecto a las normas del Código Civil”.

También en 2004 en la **causa “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ Desalojo”**, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de San Carlos de Bariloche (Río Negro) afirma que: *“La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional”*¹⁵⁴.

Efectivamente, no debe restringirse el alcance del derecho territorial de los pueblos indígenas por el hecho de que se utilice el vocablo “posesión” en las normas que lo receptan. Éste término permite que sea aceptado por el derecho positivo y los operadores jurídicos, pero se diferencia claramente de la posesión como es conocida en el derecho argentino. La relación de los pueblos indígenas y de sus miembros con todos los elementos del ambiente, humanos y no humanos, por el contrario, se rige por normas ancestrales de convivencia y respeto mutuo. No se puede concebir la idea de aplicar a esta relación, las normas comunes que no receptan las diferencias y las características propias de cada pueblo. Por ello, es esencial que cada pueblo se rija por su cosmovisión.

Esto significa que la posesión indígena es diferente y prevalece por sobre el Código Civil. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, que garantiza el derecho de propiedad, sostuvo que respecto de los pueblos indígenas su alcance no se establece por la legislación nacional civil, sino por las costumbres de dichos pueblos, ya que *“para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*¹⁵⁵.

Más recientemente, dicha Corte ha resuelto que *“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”*¹⁵⁶. En consecuencia, *“los Estados deben tener en cuenta 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 hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”*¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Este fallo fue apelado y la Cámara de Bariloche lo confirmó el 14/10/2006 en "SEDE Alfredo y Otros c/ VILA Herminia y Otro s/ DESALOJO", expte. nro. 13100-016-05 (Reg. Cám.).

¹⁵⁵ Caso "Awás Tingni", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 149.

¹⁵⁶ Caso "Yakye Axa", sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 135.

¹⁵⁷ *Idem*, párr. 146 (el subrayado me pertenece).

Además, debe tenerse especialmente en cuenta el significado del carácter de “tradicional” que conlleva esa posesión, ya que en los citados fallos de la provincia de Jujuy se confunde este término con el de ancestralidad. Ya al interpretar el Convenio 107, la O.I.T. había sostenido que los derechos *“también se aplican a tierras actualmente ocupadas independientemente de la posesión u ocupación inmemorial. India había argumentado sin éxito que la frase ‘ocupan tradicionalmente’ limita los derechos a la tierra compensables a grupos que puedan demostrar posesión inmemorial. La Comisión de la OIT estableció que el hecho que la gente tiene alguna forma de relación con la tierra actualmente ocupada, incluso hace poco tiempo, era suficiente para conformar un interés y, por lo tanto, derechos a la tierra y los recursos pertinentes”*¹⁵⁸. En los trabajos preparatorios de la redacción del Convenio 169 se aclaró respecto al artículo 14, que *“La Comisión de Expertos (de la O.I.T.) opina que la utilización del término ‘tradicionalmente’ se refiere a la forma de ocupación de la tierra y a los criterios de esta ocupación y que no tiene como fin suscitar una investigación detallada sobre el pasado histórico”*¹⁵⁹.

Es muy interesante el enfoque que se da al concepto de “ocupación tradicional” en una causa penal en la que se imputa a una integrante del Pueblo Mapuche por el delito de usurpación. En la causa **"Figueirido Bárbara s/dcia. usurpación"**, Expte. Nro. S.4-07-321, del registro de la Secretaría Nro. IV del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. II de Bariloche (Río Negro), el Sr. Juez de Instrucción sobreseyó a la imputada el 26 de octubre de 2007 bajo los siguientes argumentos: *“Debe tenerse en cuenta que los derechos que aquí importan no están subordinados al cumplimiento de la legislación nacional común, que habitualmente es desfavorable a los pueblos indígenas. De lo que se desprende que no puede aceptarse la pretensión de asimilar, sin más, la ocupación tradicional con las diversas modalidades que reviste la usurpación. Tal cosa, en lo sustancial, por cuanto de los términos del Convenio se desprende que la “ocupación tradicional” –haya sido o no reconocida o autorizada– crea derechos y cubre las tierras cuyo uso ha devenido parte del modo de vida de los pueblos indígenas. El derecho, por lo tanto, se debe reconocer aun cuando la posesión no se ejerza en los modos previstos en la legislación común sino de conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas”*.

Por lo tanto, resuelve *“Disponer el sobreseimiento total y definitivo de... de conformidad a lo dispuesto por el artículo 307, inciso 2° del Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro; artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; y el artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)...”*.

Lo que señala el Juez de Instrucción fue lo dispuesto por el órgano encargado de interpretar el Convenio 169 de la OIT cuando en una respuesta al gobierno de la India señaló tajantemente que no puede aceptar la distinción entre “ocupación tradicional” y “usurpación” establecida por el derecho interno, ya que bajo los términos del Convenio,

¹⁵⁸ MacKay, Fergus; *Una guía para los derechos de los pueblos indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*, Forest Peoples, 2002, pág. 8.

¹⁵⁹ Conferencia Internacional del Trabajo; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107)*, Informe VI (2), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, pág.50 (el subrayado nos pertenece)

la ocupación tradicional, haya sido o no reconocida o autorizada, crea derechos y cubre a las tierras cuyo uso ha devenido parte del modo de vida de los pueblos indígenas.

Otras decisiones judiciales en causa penal que pueden señalarse como paradigmáticas fueron las recaídas en los autos “**Fiscalía Local S/ solicita medidas**” luego acumulado a los autos “**Rodríguez Alan y Otros S/ Usurpación (37.316)**” ambos del Juzgado de instrucción de Zapala, provincia de Neuquén, en el año 2009. En este caso, sin embargo, se está ante un par de resoluciones que no aplican los derechos constitucionales indígenas, ni de oficio, ni a pedido de la defensa. Se trata de una decisión del juez de instrucción a pedido del agente fiscal. Este último, había recibido una denuncia telefónica de un empresario y sin ninguna constancia que acredite el derecho invocado por el denunciante y en pleno y expreso conocimiento de que se trataba de miembros de una comunidad mapuche, solicitó al juez mencionado la intimación al desalojo. De este modo el magistrado intimó así al desalojo a los miembros de la Comunidad Currumil sin escuchar a los afectados ni tener en cuenta sus derechos y pautas culturales. La segunda resolución fue el rechazo frente a la reposición con apelación en subsidio entendiendo que la intimación de desalojo “*no provoca perjuicio alguno ni gravamen irreparable*”.

Este criterio, sostenido tanto por el juez como por el fiscal, se encuentra en abierta contradicción con el artículo 13 del Convenio 169 de la O.I.T. que obliga a los órganos del Estado a respetar la importancia especial que para los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios y el artículo 8 del mismo Convenio que impone tomar “*debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*”. En consecuencia, la solución del caso no podía subsumirse en un criterio general adoptado sin tener en cuenta la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Por ello, **suponer que una intimación a desalojar a una comunidad indígena, no le causa perjuicio ni agravio alguno a su vida cultural, es carecer de la mínima comprensión de las diferencias; es negar la diversidad.** Es aplicar mecánicamente un criterio sin tener en cuenta un orden de hechos diferente. O lo que es peor, pues contiene un ingrediente discriminatorio, es negar que una vida colectiva diferente deba tener un trato diferente. En definitiva, este criterio fue luego ratificado tanto por la Cámara de Apelaciones, como por el Tribunal de Justicia de Neuquén, como, finalmente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al rechazar todos los recursos impugnatorios por entender que no había sentencia definitiva¹⁶⁰.

Sobre la resolución de la Cámara de Zapala que denegó la queja por apelación denegada, vale hacer un comentario especial. Pero para ello es pertinente poner en evidencia otra resolución que versa sobre derechos territoriales, porque ambas son expresión de algunas interpretaciones erróneas sobre los conceptos de *igualdad ante la ley* y *principio de no discriminación*.

En el caso “**Vera de Casih, Blanca S. vs. Casih, Carlos E.**” la Cámara Civil y Comercial (Sala 7) de Córdoba, en fallo del 11 de septiembre de 2006 resolvió que “*Se violaría flagrantemente el principio de igualdad ante la ley (artículo 16 Ver Texto , CN.), si se permitiera el embargo sobre las tierras de una persona y no sobre las de*

¹⁶⁰Para conocer otros fallos penales donde se encuentran involucrados miembros de comunidades indígenas en relación a derechos territoriales puede consultarse también el trabajo de KOSOVSKY, Fernando “Desconocimiento territorial y usurpación en Río Negro, en “La Justicia Penal en las comunidades originarias”. DA ROCHA, DE LUCA COORD. AD-HOC. 2010. P. 169-200.

otra, por el solo hecho de que esta última es indígena y aquella no, ya que la ratio legis para establecer la inembargabilidad, no radica en la "etnia" del propietario de las tierras, sino en que, las mismas, son aptas y suficientes, para el desarrollo humano. Habría una discriminación, arbitraria, odiosa, injusta, irrazonable, etc. (artículo 28, CN.) y, por ende, inconstitucional, en detrimento o en contra del "no indígena". De tal guisa, la "vivienda" de los "indígenas", en todo el territorio nacional, resulta "inembargable" y la "vivienda" de los "no indígenas" resultaría "embargable", en violación palmaria y flagrante, no sólo al principio de igualdad (artículo 16 Ver Texto, CN.), sino que semejante actitud engastaría claramente en las prescripciones de la Ley Antidiscriminatoria N° 23592, cuyos arts. 1, 2 Ver Texto, 3 Ver Texto, conchs. y corrs. Sería un curioso caso, tal vez, por primera vez en la historia, de discriminación en contra del "no indígena" y en beneficio del "indígena", cuando lo constitucional es que no exista discriminación ni desigualdad a favor, ni en contra de nadie".

En idéntico sentido, la Cámara de Apelaciones de Zapala en el anteriormente mencionado **"Fiscalía Local s/ solicita medidas"**, mediante Resolución Interlocutoria N° 438/09 del 1 de octubre de 2009, resolvió desechar el recurso de queja y frente al planteo de la parte quejosa, de considerar la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, la Cámara interpretó que ello sería discriminatorio *"para con el resto de los justiciables no pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas a los cuales no se les ha hecho lugar, reiteradamente, a apelaciones contra intimaciones de desalojo"*.

Lo grave de resoluciones como estas, consiste en creer que adoptar un criterio diferente para con los pueblos indígenas resulta "una discriminación" respecto a los no-indígenas. Este razonamiento exhibe una total falta de comprensión de la sustancia de los derechos humanos de aquellos y una *violación flagrante al principio de no discriminación*, que alude a la igualdad real entre los habitantes. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, intérprete de la Convención, ha sostenido en reiteradas oportunidades que dicho principio exige *"tener en cuenta las características culturales de los grupos étnicos. El Comité insta encarecidamente al Estado Parte a que respete y proteja la existencia y la identidad cultural de todos los grupos étnicos que viven en su territorio"*¹⁶¹. Y en el mismo sentido, el Comité requiere de los Estados que *"Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación"*¹⁶². Así, la discriminación es evidente e ilegítima cuando sin una razón o justificación objetiva y razonable los estados fallan al tratar de diferente manera a aquellas personas cuyas situaciones son significativamente diferentes¹⁶³.

Además, los razonamientos precitados subvierten íntegramente el Convenio 169 de la O.I.T., pues este tratado (al igual que las normas del artículo 75 inc. 17 CN) **exige un trato diferente con los pueblos indígenas**. Pretender que este trato constituye "discriminación", como resulta de las decisiones transcriptas, implica un tratamiento

¹⁶¹ Informe anual 2007. N° 328.

¹⁶² Recomendación XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas.

¹⁶³ Recomendación general XIV, Definición de discriminación. Ver MacKay, Fergus; *Los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Forest Peoples Programme, Pretoria, 2007, pág. 11 (disponible en <http://forestpeoples.org>).

indiferenciado hacia pueblos distintos, disolviendo su cultura propia en un marco aparentemente “neutro” de igualdad formal que obedece a los supuestos culturales de la cultura hegemónica. Negarse a respetar las diferencias; no reconocer la diversidad entre los pueblos, conlleva la dominación cultural que las normas de derechos humanos son concluyentes en desterrar.

Todo el plexo normativo que ha establecido el derecho internacional de los derechos humanos de pueblos indígenas se orienta expresamente en el sentido contrario al que expresan ambas resoluciones. Los pueblos indígenas, como sostiene la Declaración de las Naciones Unidas, tienen el derecho “*a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales*”¹⁶⁴. Esto implica, precisamente, el trato diferente que los jueces referidos han negado.

La protección a la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios está en la base del resguardo a una vida colectiva y a una cultura diferente. Esta relación especial, requiere decisiones acordes por parte de los y las magistrados/as.

En otro orden, puede también citarse un fallo llamativo, además de carente de sustento jurídico, ya que obliga a las comunidades a desenvolverse bajo parámetros y pautas culturales que el Juez considera que son las que deben guiar la vida y la cultura indígena¹⁶⁵.

Así en la causa “**Pilquiman, Crecencio C/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural (I.A.C.) s/ acción de amparo**” el 4 de febrero del año 2008 la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew, se sostuvo en el voto de uno de sus miembros que: “*no existen probanzas útiles aportadas a la causa que acrediten la posesión –sea del lote en disputa ni de las tierras aledañas al mismo– en forma comunitaria. Por el contrario, diversos actos administrativos (mensuras, permisos de ocupación y adjudicaciones en venta, etc.) demuestran que esa franja territorial ha sido objeto de ocupaciones a título individual desde hace varias décadas*”.

En el mismo sentido, el juez utiliza su criterio occidental y blanco para evaluar y decidir sobre las características de un cementerio que las personas indígenas alegan expresamente como propio de su pueblo. Al respecto dice: “*Según puede considerarse a través de las pruebas incorporadas al expediente, el conjunto de tumbas existente en el lote litigioso está muy lejos de constituir un “chenque” o “enterratorio indígena” de las características invocadas por el amparista. Se trata en cambio de un pequeño cementerio a la usanza cristiana, con cruces y túmulos calzados en ladrillo que contienen féretros*”.

Además de que el Juez confunde el criterio de “comunitario” con el de “colectivo”, lo cierto es que el concepto de “ocupación tradicional” no implica que el derecho se encuentre condicionado a que los pueblos mantengan inmodificables las formas y criterios de ocupación. Lo *tradicional* no es un criterio técnico sino jurídico-político,

¹⁶⁴ Segundo párrafo del preámbulo.

¹⁶⁵ Adviértase que lo indígena de ningún modo puede pensarse como algo uniforme, toda vez que sólo en Argentina habitan más de 30 pueblos con cosmovisiones diferentes unas de otras.

pues alude al mantenimiento de la propia organización social indígena y a sus prácticas colectivas de adopción de decisiones comunes.

Por otro lado, la Cámara utiliza como prueba de la ocupación individual, documentos imputables al Estado (boleto y señales de marcas y permisos de ocupación y adjudicación en venta también a título individual). Esto, siendo que en general, el Estado a través de los entes provinciales de tierras, no reconoce las ocupaciones indígenas, subsumiéndolas en las ocupaciones a título individual. Además se hace referencia a la división de los predios de manera individual, sin tener en cuenta la distribución interna de las tierras de propiedad colectiva que pueden hacer las comunidades. El estado no puede obligar a que las formas de ocupación lo sean en base a sus propios parámetros, sino que deben tenerse especialmente en cuenta las formas de usos de la comunidad.

Al respecto dice Pedro García Hierro: *“La propiedad es, pues, el centro del poder privado, una idea que se aviene mal con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre sus hábitats. Si bien es cierto que al interior del hábitat de un pueblo pueden distribuirse, transitoria o definitivamente, determinados derechos (exclusivos o no) a individuos o colectivos concretos, esos derechos nunca son absolutos y siempre existen restricciones que provienen de una colectivo mayor. Así habrá derechos individuales restringidos por derechos familiares y estos, a su vez, obligados respecto a lo comunal, nivel que, también, está limitado y normado por entes supra-comunales (las comunidades de una cuenca, los clanes, el pueblo indígena, las normas de los ancestros, o las de los dueños espirituales –la “madre”– de los recursos, etc.)”*¹⁶⁶.

Acercándonos al presente, el panorama no mejora en esencia. Llama poderosamente la atención un criterio que aparece a todas luces como jurídicamente arcaico, que se esbozó en la **Cámara de Apelaciones de Esquel, en fecha 12 de febrero de 2010, en el caso “Napaiman Arsenio”**; el mencionado tribunal rechaza el levantamiento de embargo sobre un inmueble de propiedad comunitaria alegando que *“...el hecho de ser mapuche y pertenecer a una comunidad aborígen, no se erige en un privilegio de cuna ni en una inmunidad absoluta para repeler cualquier embargo de bienes, ello no surge de las leyes N° 23.302, 24.071 ni del Convenio N° 169, es más, una hermenéutica de esta naturaleza atentaría contra la finalidad de integrar a los aborígenes en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación que consagra el artículo 1° Ley N° 23.302 y el artículo 2° inciso “c” de la ley N° 24.071”*.

Vale recordar lo expresado oportunamente respecto del mencionado artículo 2 del Convenio N° 169 (Ley N° 24.071): *“El artículo 2 fue el más criticado del Convenio 107 y su revisión originó una gran discusión. El suprimido párrafo 3 fue especialmente criticado por aludir al “fomento de la dignidad” (como si los pueblos indígenas no la tuvieran), la promoción de la “utilidad social” (como si no poseyeran una organización social) y la “iniciativa individual” (que es contraria al espíritu comunal). La norma se ha modificado totalmente, incorporando los principios de protección y respeto a los*

¹⁶⁶ García Hierro, Pedro; “Territorios Indígenas: Tocando las puertas del Derecho” en Alexandro Surrallés y Pedro García Hierro *“TIERRA ADENTRO Territorio indígena y percepción del entorno”*, IWGIA Documento No. 39 – Copenhague, 2004. También ha sido publicado previamente con el mismo título en la *Revista de Indias*, N° 223, p. 619-647, 2001.

pueblos, su cultura y sus derechos. Se eliminó también el objetivo de integración que figuraba en el Convenio anterior”¹⁶⁷.

Pese a la equivocada interpretación que hace la Cámara respecto del artículo 2 del Convenio, lo cierto es que el artículo clarifica las obligaciones generales de los Estados respecto de los pueblos diferentes y minorías que viven en su territorio. Estas obligaciones no consisten en un mero deber pasivo de tolerar su presencia. Por el contrario, los Estados deben realizar acciones tendientes a proteger el mantenimiento de su identidad colectiva.

Dice la guía oficial de la O.I.T.: *“En todo el mundo, existen desigualdades arraigadas entre los pueblos indígenas y las comunidades dominantes dentro de los límites del Estado. El Convenio núm. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas exigen a los gobiernos que garanticen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y trabajen junto con las comunidades indígenas para poner fin a la discriminación en cuanto a las desigualdades en los resultados –diferencias en salud, educación, empleo, etc. y a las desigualdades en los procesos de gobernanza – participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, en las instituciones y programas del gobierno. Para alcanzar estos propósitos, el Convenio especifica a) la necesidad de contar con una acción coordinada y sistemática, que permitirá la integración de los derechos de los pueblos indígenas a las estructuras del gobierno en los diferentes sectores y programas; b) reafirma que los pueblos indígenas deben disfrutar de todos los derechos fundamentales, otorgados a todos los ciudadanos, y c) establece medidas especiales para eliminar la discriminación*”¹⁶⁸.

El artículo consta de dos párrafos. En el primero, se señala la obligación general de proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar el respeto de su identidad mediante una actividad desarrollada con su participación. En el segundo, se determina que dicha acción de gobierno debe incluir medidas para asegurar la igualdad de derechos y oportunidades, la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, respetando su cultura e instituciones, y la eliminación de las diferencias socioeconómicas.

En tanto, la OIT ha sostenido que *“En términos prácticos, la acción coordinada y sistemática conlleva implementar revisiones integrales de leyes, políticas, programas y proyectos para garantizar que estén alineados con las medidas tendientes a velar por los derechos de los pueblos indígenas, como así también el establecimiento de mecanismos de monitoreo adecuados para evaluar continuamente la situación de los pueblos indígenas*”¹⁶⁹.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que *“los Estados se encuentran obligados a promover el desarrollo económico de los pueblos indígenas ‘de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida’. El término ‘ayuden’ tiene el sentido de dejar en claro que las prioridades de desarrollo no se establecen por los gobiernos sino por los*

¹⁶⁷ Gomiz, María Micaela y Salgado, Juan Manuel; *“Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas...”* ob. cit., página 70.

¹⁶⁸ O.I.T., *Los derechos...*, pág. 29.

¹⁶⁹ Idem.

*pueblos indígenas (artículo 7). El desarrollo a que se refiere el Convenio no implica dejar de ser indígena y disolverse en la sociedad 'moderna'*¹⁷⁰.

Por lo expuesto, no hay razón jurídicamente válida para seguir sosteniendo el paradigma de la integración como lo hace de manera expresa la Cámara de Apelaciones de Esquel en el año 2010, habiendo transcurrido 16 años de la reforma constitucional y tres de la aprobación de la UNDRIP.

Pero ello es acompañado de novedades destacables. En los últimos años, se han ido encontrando casos en los que los tribunales avanzan asimilando el nuevo paradigma jurídico, e integrando los derechos constitucionales de los pueblos indígenas de manera expresa para resguardar la tierra y los territorios comunitarios.

Existen tres fallos que se constituyen en los decisorios sobresalientes en la materia. Uno de ellos corresponde a la Cámara Federal de Orán (Salta) del año 2011, otro a una jueza de primera instancia en lo civil de la ciudad de Zapala (Neuquén) de 2012, y el más reciente constituido por el fallo de primera instancia del Juzgado de Castelli (Chaco) en 2013, luego confirmado por segunda instancia, y en el mes de junio de 2014 por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia.

La primer resolución mencionada fue dictada en la causa **“Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frias C/ Estado Nacional S/ Amparo”** (EXPTE. N° 330/10) el 23 de febrero de 2011. En ella, citando el marco constitucional de derechos que protegen los derechos territoriales de las Comunidades que promueven el amparo contra el Estado nacional, la Cámara Federal expresa: *“De lo precedentemente expuesto puede afirmarse que en los términos de las normas legales citadas las accionantes resultan ser titulares de los derechos a la determinación y regularización dominial de las extensiones que ocupan (...) y que el Estado Nacional, conforme surge de las constancias de autos, hasta la fecha ha omitido materializar esos derechos, acarreando con ello un perjuicio a las comunidades actoras”*.

Luego de analizar el cumplimiento de los plazos legales establecidos para cumplir con la demarcación de las tierras de las comunidades involucradas en la causa y determinar que se hallaban vencidos al momento de dictaminar, el tribunal aclara que *“aún cuando no se encuentre vencido el término otorgado por la ley N° 26.554 ala Administración para regularizar la situación territorial de las comunidades indígenas, éste se presenta como excesivo a la luz de las referidas circunstancias del caso particular y de la jurisprudencia sobre la materia, entre la que se destaca la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad” (Confr. “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Fondo de Reparaciones y Costas”, sent. del 17/06/05 y “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sent. del 29/03/06; www.corteidh.or.cr/docs/casos/)”*.

¹⁷⁰ Gomiz, María Micaela y Salgado, Juan Manuel; *“Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas...”* ob. cit., página 74.

Así finaliza la Cámara diciendo: *“Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al segmento del agravio relativo a la demarcación y delimitación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades actoras conforme a los usos y pautas culturales reconocidos entre otros instrumentos por la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”*.

Pese a que la resolución de la Cámara es correcta, y está sustentada en un análisis elocuente de las normas constitucionales aplicables, la misma no es completa ya que yerra el tribunal al negar la protección al derecho de titulación que las amparistas solicitan en su pretensión. La resolución en concreto dice textualmente: *“En cuanto a la solicitud de las amparistas de obtener, luego de la demarcación, la titularidad de las tierras que habitan cabe señalar que tal pretensión sí excede el marco de análisis de la acción de amparo, resultando para ello necesario un proceso que posibilite el ejercicio de derechos que terceros pudiesen tener respecto de las tierras en cuestión. En este sentido es preciso tener en cuenta que en las presentes actuaciones se desconoce el carácter y la extensión del suelo –precisamente se persigue la demarcación y delimitación– en el que se encuentran asentadas las actoras y, por tanto, resulta imposible hacer lugar a lo peticionado sin vulnerar las garantías que deben rodear a todo proceso en el que se puedan ver comprometidos otros derechos también reconocidos por el ordenamiento jurídico, como es el de propiedad”*.

Este error, debe provenir de no tener en cuenta que la posesión indígena implica la propiedad colectiva y que, de este modo, el Estado está obligado, comprobada la posesión tradicional (como ocurrió en la causa analizada), a titular en su favor las tierras objeto de reclamo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado la amplitud de los derechos de propiedad indígena amparados por el artículo 21 de dicho tratado. Así ha dicho esta Corte que *“En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran ‘los dueños legítimos de sus tierras tradicionales’ aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita. De lo anterior se concluye que: 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 oficial de propiedad y su registro; 3) 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 4) 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”¹⁷¹.

La segunda sentencia que corresponde señalar, es la recaída en los autos “**Duarte Pedro C/ Claleo Silvia y Otros S/ Interdicto**” (expediente N° 7061 de 2009) del Juzgado Civil N°1 de Zapala (Neuquén). En la resolución, la Jueza, rechazó la demanda de interdicto incoada por Pedro Laurentino Duarte contra doce personas pertenecientes al Pueblo Mapuche de Neuquén. Esta sentencia es uno de los decisorios más completos y notables que se destacan en el abanico de jurisprudencia, relativa a derechos territoriales indígenas en el país, por jerarquizar en su interpretación la supremacía constitucional adoptando criterios constitucionales por encima de las normas del derecho común.

Una de las cuestiones más destacadas del fallo es el reconocimiento (de manera inédita) al modo de uso estacional de tierras (más conocido como trashumancia-veranada/invernada) como posesión indígena, a la que la Jueza da por probada en la causa y a la que le otorga la protección constitucional como ocupación tradicional indígena.

Por otro lado, la magistrada hace una interpretación novedosa respecto a que la expedición del título al actor por parte de la subsecretaría de Tierras debió haber sido sometida al proceso de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT (artículo 6) por afectar directamente a la Comunidad. Además plantea que esa expedición de título bajo las reglamentaciones provinciales “*resulta inoponible a los demandados por contravenir normas jerárquicamente superiores que amparan la posesión y propiedad de territorios ocupados por comunidades indígenas (artículo 31 CN.)*”.

Resulta interesante, además, la interpretación del Código Civil y las normas aplicables a los interdictos a la luz del derecho constitucional que protege la posesión y propiedad indígena. Nótese que en más de una oportunidad se realiza una interacción entre ambos regímenes jurídicos, siempre teniendo como eje la supremacía constitucional. Así la resolución considera que “*el artículo 2356 del Código Civil define al poseedor de buena fe como aquel que se encuentra persuadido de la legitimidad de su posesión y ostenta justo título. Adviértase que el vocablo " título" precedentemente utilizado, no debe ser entendido ni asumido aquí como equivalente a " documento" o " instrumento probatorio del dominio del inmueble”, sino como causa legítima de la trasmisión o adquisición de un derecho real (...) debiendo considerarse en el particular como "causa legítima”, la ocupación tradicional ejercida por la comunidad indígena a la que pertenecen los demandados, preexistente al Estado. Desde este hontanar, confrontado el título exhibido por el actor con el ostentado por los demandados, surge demostrado que el de éstos últimos posee relevancia superior al de aquél por resultar anterior en el tiempo y por ende preferido en derecho, en tanto que el otorgado a Duarte resulta temporalmente posterior a la posesión tradicional y comunitaria que ostentan los accionados, con límites que invaden la zona de ancestral ocupación del pueblo mapuche”.* Continúa “*En el particular, tratándose de una comunidad indígena, el justo*

¹⁷¹ Corte IDH en “Sauhoyamaya”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 127 y 128 (énfasis agregado).

título a la posesión se asienta y sostiene en la creencia de sus miembros de ser propietarios ancestrales del territorio que poseen, resultando por ende trivial desentrañar si los demandados han nacido o no en el lugar que específicamente ocupan, si han tenido en el mismo una residencia continua o si, por el contrario, ocupan el territorio en forma intermitente, como producto del traslado estacional – "veranada"– propio de las actividades de trashumancia que constituye la principal ocupación del grupo, deviniendo incluso irrelevante que uno, alguno o todos los demandados hubieran reconocido la condición de poseedor de Duarte – por lo demás, expresamente negada al responder la acción– en virtud del carácter irrenunciable, inajenable (artículo 75 inc. 17 CN.) y por ende indisponible del derecho a la posesión constitucionalmente reconocido a favor de los pueblos originarios". Por último a modo de conclusión afirma la magistrada que "no cabe sino concluir en la legitimidad de la posesión ejercida por los demandados sobre las tierras de la Fracción I y restantes del inmueble de mayor extensión, objeto del pleito sustanciado; sostenida en el reconocimiento ínsito en las normas internacionales y en el mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional que establece que toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria, aunque sus integrantes no ejerzan por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil), mereciendo recalcarse que la posesión comunitaria ejercida por los accionados no es la individual del código civil enarbolada por el actor en sustento de su pretensión, sino la común –de rango constitucional, supremo, diferenciado y autónomo del derecho civil inferior– derivada de la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar sus rasgos tradicionalmente propios".

Por último, se menciona el fallo del Juzgado del Menor de Edad y la Familia N° VI Circunscripción Judicial de J.J.Castelli (Chaco) en los autos "**Leiva Epifanio S/ Acción De Amparo**" Expte N° 943/12, dictado el 12 de julio de 2013; al respecto cabe aclarar que además de la importancia de sus argumentos, su trascendencia reside en que ha sido confirmado por la máxima instancia judicial de la provincia.

Esta resolución proviene de una acción de amparo, presentada por un miembro del Pueblo Qom a los fines, entre otras cosas, de que se procediera judicialmente a restituir la vigencia en plenitud del derecho constitucional a la propiedad y posesión comunitaria indígena, conforme el artículo 75 inc.17 CN y el artículo 37 de la constitución provincial de Chaco contra las acciones de ocupación efectiva y/o compraventa de inmueble por particulares, y en consecuencia se ordene el retiro inmediato de la presencia de ciudadanos no pertenecientes al pueblo Qom del lote en cuestión. La jueza considera que en el caso hay una afectación concreta al derecho de propiedad de los pueblos originarios y sostiene su posición jurídicamente en las normas del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, en los artículos 37 y 42 de la Constitución Provincial de Chaco y en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, cita la interpretación de la Corte IDH en virtud del artículo 21 de la CADH, especialmente lo dicho por ése órgano en el caso Awas Tingni. Basa además su decisión en el hecho de que el lote objeto del amparo no ha sido desafectado como lote de reserva aborigen de un decreto provincial que las establece, con lo que exige al Estado provincial a que la respete "*procurando la no intervención y/o usurpación de personas ajenas a la comunidad aborigen*".

Este fallo tiene otros dos aspectos sobresalientes: por un lado reconoce explícitamente el concepto de territorio, tantas veces evitado o denostado en el ámbito judicial; y por otro que determina la responsabilidad del Juez de Paz de Miraflores por certificar un contrato de compraventa ilegal sobre tierras indígenas, comunicando al presidente del Tribunal Superior de Justicia para que arbitre las medidas que estime pertinentes.

Vale resaltar, como fuera expuesto, que esta decisión fue luego confirmada por la Cámara, y recientemente, el 19 de junio de 2014, el Tribunal de Justicia de Chaco hizo lo mismo rechazando las impugnaciones de los demandados.

5. CONCLUSIONES

Es innegable el hecho de que existe una distancia significativa entre la cantidad de causas en las que se encuentran involucrados los derechos territoriales de los pueblos indígenas, y la –muy menor– cantidad de decisiones judiciales que incorporan la temática de manera expresa. Sin dudas, puede afirmarse que el Poder Judicial evidencia un comportamiento resistente a pronunciarse, no sólo sobre los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, sino, incluso, a mencionar en sus sentencias la “calidad” de indígenas –y en su caso otorgar efectos jurídicos– a quienes son parte de procesos judiciales.

En los casos en que los/as jueces y juezas asumen que se trata de procesos que involucran pueblos indígenas, sobresale una nota de heterogeneidad en el resultado de las decisiones y en las interpretaciones que se desprenden de las resoluciones, aunque con una clara tendencia aún a aplicar el derecho común (civil y penal) por sobre las normas de jerarquía superior que debieran aplicarse.

Respecto de la propiedad comunitaria indígena, aunque hay algunos fallos que han empezado a ser receptivos con la temática, lo cierto es que hay aún una enorme distancia entre las interpretaciones que los jueces hacen en nuestro país, y las interpretaciones que se han ido consolidando en el derecho internacional de los derechos humanos, y que dan precisión a las cláusulas constitucionales.

Como conclusión nítida pueden afirmarse dos puntos sobresalientes. En primer lugar, no se puede decir que haya hoy un criterio generalizado que se exprese en las decisiones respecto al alcance, requisitos, efectos, etcétera, del reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad de las tierras y territorios comunitarios. En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha tenido, en este tema en particular, una sentencia que fije parámetros contundentes con pautas claras para los tribunales inferiores.

Esto hace pensar que, lamentablemente, la justicia hoy no juega el papel tan necesario de protector de las tierras y territorios indígenas que vienen siendo amenazados por un modelo económico que prioriza la concentración de la tierra, la dependencia y el extractivismo.

BIBLIOGRAFIA

BERRAONDO LÓPEZ, Mikel. Territorios Indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho. Programa para la implementación de los Pueblos Indígenas. IPES-ELKARTEA. Grupo Intercultural Almaciga. CEJIS. Madrid. 2013.

BIDART CAMPOS, Germán. “*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*”, Ediar, Buenos Aires. 1995

CLAVERO, Bartolomé. “Supremacismo cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” en Charters, Claire y Stavengahen, Rodolfo, *El desafío de la Declaración*, IWGIA, Copenhague. 2010.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”. 2010.

CARNOTA, Walter F. “El marco teórico-conceptual de los Tratados Internacionales” en Carnota, Walter F. y Maraniello Patricio A., *Tratado de los Tratados Internacionales*, Ed. La Ley, Buenos Aires. 2011

GARCÍA HIERRO, Pedro. “Territorios Indígenas: Tocando las puertas del Derecho” en Alexandro Surrallés y Pedro García Hierro “*TIERRA ADENTRO Territorio indígena y percepción del entorno*”, IWGIA Documento No. 39 – Copenhague, 2004.

GARGARELLA, Roberto (Coordinador); *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires. 2011.

GOMIZ, María Micaela y SALGADO, Juan Manuel. “*Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*” 2º edición, Buenos Aires. 2010.

HUALPA, Eduardo. “Los sujetos indígenas en la Constitución” en Gargarella, Roberto (Coordinador), *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2011.

MACKAY, Fergus. *Una guía para los derechos de los pueblos indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*, Forest Peoples, 2002

MACKAY, Fergus. *Los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Forest Peoples Programme, Pretoria, 2007

MANILI, Pablo Luis. *El bloque de la constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2003.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE DERECHO INDÍGENA Y CONSEJO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA

CAPITAL FEDERAL. *I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Reflexiones y debates sobre justicia, territorio y recursos naturales.* Actas de Congreso. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires. 2009.

NINO, Carlos Santiago. “*Fundamentos de derecho constitucional*”, Ed. Astrea. Buenos Aires. 1992.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, OIT, Ginebra. 2009.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Angel; CENICACELAYA, María de las Nieves. “*Derecho Constitucional argentino*”. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2001.

SALGADO, Juan M.; Gomiz, María Micaela; Huilipan, Verónica. *Informe de situación de los derechos humanos del Pueblo Mapuce en la Provincia del Neuquén*, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Neuquén. 2009.

SALGADO, Juan Manuel. “*El rol del derecho internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Nacional*”. En García, Julio (Coordinador); *Derecho Constitucional Indígena*. ConTexto Libros. Resistencia. 2012.

PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA: UNA MIRADA DESDE LA LEGISLACIÓN COMPARADA¹⁷²

María Cecilia Jezieniecki¹⁷³

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se propone hacer una recorrida por las distintas legislaciones comparadas que han dado recepción y regulado la propiedad comunitaria indígena, logrando instrumentar una forma de propiedad que, aparte de receptor los estándares internacionales fijados sobre el derecho a la tierra y territorio reconocido a los Pueblos Indígenas, se diferencia enteramente de la propiedad privada individual, forma de propiedad dominante en los estados modernos y determinante para la instauración de los mismos.

La reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que en el año 2012 el Poder Ejecutivo de la Nación envió al Congreso Nacional para su tratamiento, puso el ojo del mundo indígena en la propiedad comunitaria. La forma de regulación que en

¹⁷² SUMARIO: 1. Introducción; 2. La recepción en las nuevas constituciones de América Latina y Central; 3. La regulación de las tierras comunitarias de origen en la República de Bolivia; 4. La regulación de los resguardos indígenas en Colombia: Conclusiones

¹⁷³ Abogada UBA. Directora del GAJAT, Grupo de apoyo jurídico por el acceso a la tierra del CEPPAS, Centro de Políticas Públicas para el Socialismo. Secretaría Ejecutiva de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Ayudante de la Comisión Derechos de los Pueblos Originarios y Neoconstitucionalismo Latinoamericano de la Facultad de Derecho de la UBA.

dicho proyecto se proponía resultaba, tanto para comunidades y organizaciones indígenas como para organismos de derechos humanos, inconstitucional, violatoria de los tratados internacionales vigentes en nuestro país, implicando, una legislación regresiva.

Las críticas a ese proyecto apuntaban al desconocimiento que dicha regulación implicaría para los derechos de los Pueblos Indígenas, y la inclusión la propiedad comunitaria indígena dentro de los derechos reales, cuyo contenido es esencialmente patrimonial.

La solución jurídica dada por dicho proyecto implicaba forzar la inclusión de una forma de propiedad, la propiedad comunitaria, dentro de los derechos reales, a pesar que ésta, nada tiene que ver con la naturaleza y principios que rigen los mismos, lo que no sólo implicaba un desconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas a su tierra sino un yerro jurídico.

Si bien el rechazo generalizado de los Pueblos indígenas de todo el país determinaron la exclusión de la regulación de la propiedad comunitaria del proyecto de reforma del Código Civil y su remisión a una ley especial, el proceso de discusión de los años 2012 y 2013 exhibió la necesidad de que, desde la doctrina especializada, se aportaran elementos a los Pueblos para contar con mayor conocimiento al momento de debatir la regulación.

Es por ello que realizaré un recorrida por dos de las normativas comparadas que, no sólo han receptado e incorporado la propiedad comunitaria indígena, sino que están implementando experiencias en la materia, a efectos de allegar los aportes que sobre el tema nos brinda el derecho comparado.

La incorporación de los derechos de los Pueblos Indígenas en las constituciones y legislaciones de América Latina ha sido un proceso marcado por enormes similitudes, más allá de las particularidades con que este reconocimiento se dio en cada país. Por tal razón inquirir y estudiar la legislación comparada en la materia, en el marco de la discusión sobre la posible regulación de la propiedad comunitaria indígena, se presenta como un paso necesario y valioso a los fines de poder generar instituciones jurídicas en sintonía con los avances de otras legislaciones y tener presente sus experiencias.

Los Pueblos Indígenas, preexistentes a nuestros Estados modernos, suelen trascender la demarcación de las fronteras de estos Estados, lo que refuerza nuestro interés por las legislaciones comparadas, ello en tanto la regulación de los derechos de estos Pueblos no puede pensarse de forma aislada y sin atender las experiencias de nuestros hermanos y vecinos países latinoamericanos.

2. LA RECEPCIÓN EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA Y CENTRAL

De manera preliminar, cabe precisar que en los años noventa tiene lugar lo que los autores llaman un segundo ciclo de reformas, producidas luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT.

Numerosos Estados introdujeron reformas constitucionales o nuevas constituciones en las que, en general, se reconoció a los pueblos indígenas como sujetos colectivos.

Así se establecieron en las nuevas constituciones un conjunto de derechos políticos de participación, consulta y de autonomía, como también la incorporación de los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales, incorporándose por otra parte derechos de carácter lingüístico y cultural.

Tales constituciones declaran a dichos Estados multiculturales o pluriculturales (Colombia, 1991; México 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998).

Asimismo las reformas constitucionales o las nuevas constituciones impulsadas en Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994, 1998) y Venezuela (1999), reconocen a estos pueblos derechos individuales y colectivos.

Existen varios Estados que reconocieron los derechos a la demarcación, saneamiento y titulación de sus territorios comunitarios tanto a nivel constitucional como normativo. En este artículo circunscribiré el análisis a las legislaciones de las Repúblicas de Bolivia y Colombia, haciendo hincapié en los modos de regular el procedimiento en el marco del cual se hace efectiva la titulación.

La selección de dichas legislaciones permite ampliar y extrapolar el campo de investigación sobre el tema, al contemplar situaciones fácticas disímiles, como son las existentes entre ambos países, abordadas con similares herramientas jurídicas y bajo una misma tésis protectiva.

En efecto Bolivia y Colombia se tratan de países muy diferentes en su composición étnica y en la porción que los indígenas representan en el total de la población. Bolivia cuenta con un 70% de población indígena mientras que en Colombia la población indígena es sólo un 2%.

Sin perjuicio de esta diferencia ambos incorporaron en sus constituciones el derecho a la propiedad comunitaria indígena y su titulación, como también ratificaron el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y también los dos países forman parte de la Organización de Estados Americanos y del Sistema Interamericano.

La República de Bolivia ha efectuado una recepción ejemplar de los derechos de los Pueblos Indígenas y su regulación. Se establecieron amplios derechos tanto a nivel constitucional como normativo, correspondiendo destacar que ya en el año 1953, y de la mano de la Ley INRA de reforma agraria, se reguló la propiedad comunitaria indígena. Así la regulación de dicho país en la materia, que el presente dossier aborda, se presenta como sumamente valiosa y de imprescindible análisis.

La refundación de la República de Bolivia con la llegada de Evo Morales al poder en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; fundado, tal como lo establece su Constitución, en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro un proceso integrador del país, así como el ingreso de sus Pueblos Indígenas al gobierno, lleva a poner nuestros ojos en su legislación, a la hora de pensar posibles regulaciones a la propiedad comunitaria indígena.

Por su parte, el análisis de la legislación de Colombia ha despertando interés en quien escribe dado los importantes avances normativos de dicho país en la materia, pese a su baja presencia indígena, y la introducción de la figura del resguardo indígena desde tiempos de la colonia.

3. LA REGULACIÓN DE LAS TIERRAS COMUNITARIAS DE ORIGEN EN LA REPÚBLICA DE BOLIVIA

Bolivia tiene una extensa legislación sobre el tema. Este país reconoce la propiedad colectiva de la tierra, la que es recogida tanto en la Constitución Nacional como en las leyes que regulan la materia agraria.

Este derecho no es garantizado en una ley específica e independiente sino que se enmarca dentro de un proceso más amplio y abarcador, que es la reforma agraria introducida bajo el amparo de diferentes normativas. Dicha reforma tiene su inicio en los años 50, plasmándose en diferentes legislaciones, todas signadas por procurar el saneamiento de las tierras y su distribución, a cuyo efecto se crean diversas formas y tipos de propiedad, instaurándose el principio relativo al rol económico-social de la tierra.

En el año 1866, con el gobierno de Mariano Melgarejo, se dicta en la República de Bolivia el Decreto Supremo por el cual se declara propietarios de dominio pleno a los indígenas que poseían terrenos. A los fines de obtener el título de propiedad por parte del gobierno, debían pagar una suma de dinero y realizar el trámite pertinente.

Esa norma establecía que en caso de no realizarse en el término de sesenta días de promulgado el Decreto dicho trámite, los indígenas perdían la propiedad de la tierra, la que era vendida al mejor postor, ingresando los montos abonados a las arcas del Estado.

Posteriormente, ya en el año 1868; se declara por Ley que las tierras de las comunidades son de propiedad del Estado, determinándose que las mismas podrían ser vendidas en subastas públicas.

Tal normativa generó un significativo despojo a las comunidades indígenas de su tierra, y si bien posteriormente, en el año 1871, Agustín Morales dispuso por Ley anular las ventas o enajenaciones de las tierras de las comunidades ya efectuadas por las leyes dictadas por Mariano Melgarejo, no se logró revertir la situación por cuanto dicha nulidad estaba supeditada a la realización de un trámite judicial.

En el año 1953, y luego que el Movimiento Nacional Revolucionario en abril del 1952 tomara el poder por las armas, se sanciona en Ukureña el Decreto-ley N° 3.464 por el cual se instaura una reforma agraria. La misma tenía como principales fines la redistribución de la tierra a favor de quienes no la tenían y la eliminación de la servidumbre.

Esta reforma agraria dispuso que el suelo, el subsuelo y el agua pertenecen por derecho originario a la Nación, y declara de dominio público los lagos, lagunas, ríos y todas las fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento económico.

Por otro lado, realiza una clasificación y enumeración de las formas de propiedad posible, dándole a cada cual una característica propia. Distingue así: a) El solar campesino, con una función de residencia rural; b) La propiedad pequeña, que es aquella que trabaja personalmente el campesino y cuya producción es de subsistencia; c) La propiedad mediana, explotada por un concurso de trabajadores asalariados destinándose en este caso la producción al mercado; d) La propiedad de comunidad indígena, la que se reconoce como tal por las leyes en vigencia a favor de determinados grupos sociales indígenas; y e) La propiedad agraria cooperativa.

Asimismo la precitada reforma declara extinguido el latifundio.

En cuanto a la propiedad de las comunidades indígenas, se la declara inalienable. Se establece que las comunidades indígenas son propietarias privadas de las tierras que poseen en conjunto. Otro hito importante de esta ley es el declarar que las tierras de las comunidades indígenas, que hayan sido usurpadas, les serán restituidas siempre que prueben su derecho.

Se ha indicado que dicha reforma agraria dio como resultado la distribución de 57.3 millones de hectáreas entre los años 1953 y 1993, lo que se traduce en una redistribución del 52% de la tierra. No obstante dicho proceso fue cuestionado de poco equitativo y de beneficiar en mayor medida a los medianos productores y empresas agropecuarias (68,5%) en detrimento de propietarios minifundistas y campesinos (8,4%) y de la propiedad comunitaria (21,4%).

Los departamentos de Beni y Santa Cruz resultaron ser los departamentos donde más tierra se redistribuyó, representada por un 58%, en detrimento de una menor redistribución en los andes, donde, paradójicamente, residía el 65% de la población, tratándose en su mayoría de pequeños propietarios minifundistas.

La Constitución del año 1967 reconoció a los pueblos indígenas sus derechos sociales, económicos y culturales, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando también el derecho al uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.

En el año 1996, y a los fines de llevar a cabo una reforma agraria de mayor alcance que la implementada por ley anterior, se sanciona la Ley INRA N° 1.715 que tiene por objeto establecer la estructura orgánica y atribuciones del Servicio Nacional de Reforma Agraria (SNRA), el régimen de distribución de tierras; y garantizar el derecho propietario de la tierra.

Dicha norma se proponía en el término de diez años realizar un saneamiento territorial, para lo cual estableció un procedimiento, y se determinaron los organismos de aplicación y ejecución de la reforma.

En esta oportunidad, se redefine la función social de la tierra, estableciendo puntualmente la norma que el solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunitaria y las tierras comunitarias de origen cumplen una función social cuando están destinadas a lograr el bienestar familiar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias, de acuerdo a la capacidad de uso mayor de la tierra.

En lo que hace a la propiedad comunitaria indígena, se reconocen, a través de la figura de Tierra Comunitaria de Origen, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus tierras comunitarias de origen, tomando en cuenta sus implicancias económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables.

La denominación receptada en dicha norma de tierras comunitarias de origen comprende, de acuerdo a la propia letra de la norma, el concepto de territorio indígena conforme la definición establecida en la parte II del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo. Los títulos de tierras comunitarias de origen otorgan la propiedad colectiva sobre sus tierras y reconocen el derecho a participar del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables existentes en ellas, el que se regirá por lo dispuesto en la Constitución Política del Estado y en las normas especiales que los regulan.

Este reconocimiento y la remisión al Convenio 169 de la OIT no resulta menor, ya que dicho tratado internacional es el que reconoce con mayor amplitud y alcance los derechos de los Pueblos Indígenas, aparte de ser el primero.

Para la ley INRA las TCOS son grandes espacios geográficos que constituyen el hábitat de pueblos y comunidades indígenas, a los cuales han tenido acceso tradicionalmente y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Según dicha norma los mismos son: a) inenajenables, no se pueden vender; b) indivisibles, no se pueden

dividir; c) irreversibles, no pueden ser objeto de embargo; y d) imprescriptibles, no se pierde el derecho con el transcurso del tiempo.

En lo que hace a la autonomía indígena en el manejo de sus tierras, se establece que la distribución y redistribución para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las tierras comunitarias de origen y comunales tituladas colectivamente se regirá por las reglas de la comunidad, de acuerdo a sus normas y costumbres.

La ley asimismo prevé la propiedad comunitaria como aquella titulada colectivamente a comunidades campesinas y ex haciendas, que es la fuente de subsistencia de sus propietarios, las que también son declaradas inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, inembargables e imprescriptibles.

La Ley INRA significó un importante avance en el reconocimiento sobre el derecho a la tierra que tienen los indígenas en Bolivia. Eleva la seguridad de la tenencia de la tierra a los pueblos indígenas y también recoge a través de la figura de la TCO, el concepto de territorio expresado en el Convenio 169 de la OIT, garantizando sus derechos sobre los recursos naturales.

A los fines del saneamiento territorial, la ley crea el Servicio Nacional de Reforma Agraria (SNRA), como organismo responsable de planificar, ejecutar y consolidar el proceso. A la cabeza se encuentra el Presidente de la República que actúa como la autoridad máxima, y tiene dentro de sus atribuciones la de otorgar títulos ejecutoriales de propiedad sobre tierras agrarias y tierras comunitarias de origen, lo que puede delegarse en los prefectos departamentales.

El SNRA se encuentra integrado por el Ministerio de Desarrollo Rural y Medio Ambiente quien diseña y ejecuta las políticas ambientales, y la Comisión Agraria Nacional (CAN) quien evalúa, controla y supervisa la ejecución de la política agraria, contando con comisiones en cada departamento.

Por último se crea el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), organismo descentralizado del Ministerio de Desarrollo Rural y Medio Ambiente, que, entre otras competencias, es el encargado de llevar adelante y ejecutar el proceso de reforma agraria.

A ese efecto el SNRA emite y distribuye los títulos, establece la extensión y ubicación de tierras disponibles, como también determina y aprueba las áreas territoriales a distribuir, previo dictamen de la Comisión Agraria Departamental.

Un aspecto importante es la creación de la Judicatura Agraria, órgano de administración de justicia agraria; con jurisdicción y competencia para la resolución de los conflictos emergentes de la posesión y derecho de la propiedad agraria.

La Judicatura Agraria tiene a su cargo de resolver las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales y de los procesos agrarios, constituyendo una instancia jurisdiccional propia y exclusiva para estos temas, lo que resulta novedoso en la materia.

En cuanto al procedimiento instaurado se contempla que las tierras fiscales serán dotadas comunitariamente o adjudicadas por el Instituto Nacional de Reforma Agraria, mediante trámite administrativo iniciado ante las direcciones departamentales, previa certificación de la Superintendencia Agraria sobre el uso mayor de la tierra. Una vez ejecutoriada la resolución administrativa de dotación o adjudicación la ley prevé que se emitan los títulos ejecutoriales en favor de los beneficiarios.

La dotación fue establecida a título gratuito exclusivamente para comunidades campesinas, pueblos y comunidades indígenas y originarias.

Asimismo se contempla que el solar campesino, la pequeña propiedad y los inmuebles de propiedad de comunidades campesinas, pueblos y comunidades indígenas y originarias, estén exentas del pago del impuesto que grava la propiedad inmueble agraria.

En cuanto a la modalidad de saneamiento la ley prevé tres tipos: el saneamiento simple, el saneamiento Integrado al Catastro Legal (CAT-SAN); y el saneamiento de Tierras Comunitarias de Origen (SAN-TCO).

El Saneamiento en Tierras Comunitarias de Origen (SAN-TCO) se ejecuta de oficio o a pedido de parte. La ley garantiza la participación de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios en la ejecución del Saneamiento.

Por último la norma contiene una serie de disposiciones finales, entre las cuales se encuentra la titulación, en el término de sesenta días, como Tierras Comunitarias de Origen, de determinados territorios indígenas, los que menciona taxativamente, que habían sido reconocidos con anterioridad mediante Decretos Supremos.

Se establece que las tierras tituladas por el Servicio Nacional de Reforma Agraria serán reconocidas como Tierras Comunitarias de Origen, siempre y cuando sus titulares mantengan formas de organización, cultura e identidad propias y así lo soliciten.

Existen cifras que indican que en el periodo de 1996 al 2006, se entregaron 122 titulaciones como TCOs, llegándose a sanear como tierra comunitaria de origen más de 8 millones cuatrocientas mil hectáreas, lo que representa el 68.39% del total de superficie saneada en las diferentes modalidades.

El saneamiento territorial propuesto por la ley INRA no arrojó los resultados esperados, no pudiendo resolver la cuestión agraria boliviana.

Se ha dicho que uno de los obstáculos para la aplicación de dicha norma estuvo dado por las irregularidades, los vacíos legales y las imprecisiones y contradicciones de la propia ley. Es así que en el año 2006, y a los fines de subsanar tales yerros, se introducen modificaciones a la aludida norma mediante el dictado de la Ley de Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria N° 3.545.

La Ley de Reconducción Comunitaria esencialmente determina un procedimiento de saneamiento legal más rápido y flexible. Al efecto precisa la definición y concepto de

Función Económica Social (FES), la que se consolida como mecanismo central para conservar el derecho propietario sobre la tierra, estableciendo la necesaria verificación de su cumplimiento en terreno y la imposibilidad de ser validada a través de la presentación de Planes de Ordenamiento Predial

Las comentadas modificaciones mantienen el reconocimiento a la propiedad privada y a la propiedad colectiva e introducen la complementariedad entre derechos colectivos e individuales, permitiendo por primera vez la titulación mixta de la propiedad.

Por otro lado, acuerda al Presidente la posibilidad de otorgar personería jurídica a los pueblos indígenas y comunidades campesinas, para accionar cuando se produzca una respuesta negativa o una demora injustificada por más de 45 días de parte de los gobiernos municipales o de las prefecturas.

Por último dicha ley deja salvado que, los títulos ejecutoriales que se emitan como resultado del proceso de saneamiento y procesos de dotación a favor de los pueblos indígenas y originarios como Tierras Comunitarias de Origen, necesariamente deberán consignar, como beneficiario o titular, al pueblo indígena y originario.

La Nueva Constitución Política del Estado del año 2009, viene a reforzar los derechos de los Pueblos Indígenas. Bolivia se constituye como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Se reconoce a los pueblos indígenas el dominio ancestral de sus territorios, y se garantiza su libre determinación manifestada en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

En lo que hace a los derechos territoriales el Estado establece en su nueva Constitución, proteger y garantizar la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesinas. Esta propiedad es declarada indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable y exenta de impuestos.

En el año 2010, y a los fines de hacer efectivo y regular el derecho constitucional a las autonomías, se sanciona la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. La norma permite la constitución de unidades territoriales. Determina que las comunidades y pueblos indígenas de Bolivia no sólo podrán contar con el reconocimiento de su territorio comunitario, sino que se permite también la constitución de unidades territoriales con autonomía. Al efecto se regulan de forma amplia todos los aspectos que permitirán efectivizar dicha autonomía: competencias, cartas orgánicas, etc.

También se contempla en la Ley Marco de Autonomía y Descentralización que, los territorios indígenas originarios campesinos y las regiones pasarán a ser unidades territoriales una vez que, cumpliendo los requisitos de ley, hayan decidido constituirse en autonomías.

Puede accederse a la autonomía indígena originaria campesina a partir de: 1. Territorio Indígena Originario Campesino; 2. Municipio; 3. Región o Región Indígena Originaria

Campesina, conformada de acuerdo a la Ley. Los municipios indígenas originarios pueden estar basados o no en territorios indígenas originarios campesinos.

Posteriormente, y en el año 2013 mediante ley N° 339 se establece el procedimiento para la delimitación de las unidades territoriales. Se determina un Órgano Ejecutivo del nivel central del Estado, responsable de la delimitación de unidades territoriales en lo que corresponda a límites interdepartamentales, delegando la facultad ejecutiva en los gobiernos autónomos departamentales, para tramitar los procedimientos administrativos de delimitación de unidades territoriales intradepartamentales que no comprometan límites interdepartamentales.

Se establece una Coordinación Técnica Interinstitucional, la que constituye el apoyo técnico y de coordinación entre la entidad competente del nivel central del Estado y las dependencias técnicas de límites de los órganos ejecutivos de los gobiernos autónomos departamentales y las instituciones de coordinación. El Instituto Geográfico Militar es la institución técnica encargada de realizar la demarcación de las unidades territoriales, si bien no resulta ser quien defina la delimitación de unidades territoriales.

También se dispone que la Asamblea Legislativa Plurinacional aprobará mediante ley la delimitación de unidades. Dichas leyes deberán emerger de procedimientos administrativos de conciliación –medio de solución concertada, pacífica e inmediata–, de resultados de un referendo o de fallos emitidos por el Tribunal Supremo de Justicia en la delimitación de unidades territoriales –medios previstos para la delimitación de las unidades territoriales–. Definidos los límites por Ley, éstos serán incorporados en la cartografía oficial.

El Anteproyecto de Ley sobre la delimitación de estas unidades territoriales será remitido a la Asamblea Legislativa Plurinacional, por el Órgano Ejecutivo del nivel central del Estado o por el Tribunal Supremo de Justicia, cuando corresponda.

En los procedimientos de delimitación, la voluntad democrática se expresa mediante la participación como derecho y obligación de la población que habita en las áreas en conflicto, la participación directa se desarrollará mediante el referendo, y la participación a través de sus representantes, se desarrollará en los procesos de conciliación.

El procedimiento se inicia con la solicitud ante las gobernadoras o los gobernadores de los gobiernos autónomos departamentales, siendo requisitos la acreditación ante la autoridad competente de los solicitantes y la presentación por las partes de la documentación que sustente la identificación de los límites.

La ley INRA y su modificatoria, regulan el procedimiento de saneamiento y adjudicación territorial en el marco de una reforma agraria. A dichos fines crea organismos específicos con competencia para ello, establece el procedimiento en el marco del cual se harán dichas titulaciones, le otorga a la tierra una función económica social y se crean diferentes formas de propiedad, dentro de las cuales se encuentran las tierras comunitarias de Origen.

Según datos oficiales del INRA, y luego de tres años de aplicación de la reconducción comunitaria de la reforma agraria, se han titulado casi 17 millones de hectáreas a favor del sector indígena y campesino. Este logro se enmarca en el resultado global de 31 millones de hectáreas saneadas, a lo que debe adicionarse los 9 millones saneados en los 10 años anteriores al gobierno de Evo Morales –lo que abarca el 37% del territorio nacional sujeto al saneamiento de la propiedad agraria–.

Las críticas realizadas a este proceso de saneamiento señalan que los mayores obstáculos residieron en problemas técnicos, financieros y procedimentales, y la falta de voluntad política de gobiernos anteriores, que determinaron un lento avance.

Un informe del año 2009 publicado por la Fundación Tierra, habla de que un 53% de las tierras tituladas desde 1996 corresponden a propiedades comunales y Tierras Comunitarias de Origen (TCO). El informe exterioriza una titulación de 149 TCO con una superficie de 15,5 millones de hectáreas, de las cuales –durante los últimos cuatro años– se titularon 81 TCO con una superficie global de 9,8 millones de hectáreas. Se sostiene que la mayor cantidad y las más grandes TCO culminaron su saneamiento luego de casi una década de iniciados y se han titulado durante el primer gobierno del Presidente Morales (2006-2009) después, de lo que el informe califica de morosos los trámites y complejos los procedimientos.

Fuentes periodísticas sostienen que este proceso de saneamiento debía finalizar en 19-10-2013 con la depuración de 106 millones de hectáreas, avanzándose en 66 millones de hectáreas, o sea 66%.

Más allá de las posibles críticas, y las dificultades que signaron este proceso de saneamiento, lo que incluso derivó en el dictado de una nueva norma de reconducción, todas las cifras apuntan a una concreta y real aplicación del sistema de saneamiento de tierras, e importantes resultados en lo que hace a la titulación de tierras de origen.

4. LA REGULACIÓN DE LOS RESGUARDOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

Cifras indican que en Colombia existen aproximadamente 700.000 indígenas, divididos en 81 grupos étnicos, los que representan el 2 por ciento de la población colombiana (estimada en 37 millones). A diferencia de Bolivia, Colombia no tiene una alta presencia indígena en lo que hace a la conformación de su población.

La Constitución de Colombia fue concebida como un instrumento para consolidar la reconciliación y la modernización del Estado, la misma reconoce a dicha Nación pluricultural, a la par de receptor en su cuerpo una gran cantidad de derechos a los Pueblos Indígenas. En su artículo 7° dispone que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

El artículo 63, por su parte, regula los bienes de uso público incluyendo las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo. Posteriormente, se establece que serán entidades territoriales los territorios indígenas, así como también los municipios,

distritos y departamentos, los que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Las entidades territoriales indígenas se constituyen con sujeción a la Ley de Ordenamiento Territorial, la que será sancionada con participación de las comunidades. Se establece concretamente que serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Asimismo, la ley contempla como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando éstos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

También se dispone que los territorios indígenas estaran gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades. En cuanto a la explotación de los recursos naturales en dichos territorios, deberá efectuarse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y en las decisiones que se adopten respecto a la forma de explotación, el gobierno propiciará la participación de las respectivas comunidades.

El reconocimiento que receipta dicha Constitución en lo que hace al derecho a la tierra y territorios de los Pueblos Indígenas, profundizado por la constitución de entidades territoriales implica que el Estado garantiza no sólo su carácter jurídico especial, esto es su carácter inalienable, inembargable e imprescriptible, sino que le concede una naturaleza política especial por cuanto garantiza el derecho de autonomía a los Pueblos Indígenas.

En Colombia, históricamente el territorio indígena fue garantizado a través de la figura del resguardo. El mismo data de la época colonial. Ya en el año 1532 el Rey Felipe II ordenó, entre otras disposiciones relativas a la distribución de la tierra, que "...a los indios se les dexen sus tierras heredadas y pastos, de forma que no le falte lo necesario y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familias...".

Sin perjuicio de la existencia de gran cantidad de regulaciones legislativas desde la época colonial, es en el año 1994 que se crea, por la Ley N° 160, el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, que tiene como objetivo el bregar por una justa distribución de la tierra, eliminando la concentración de la misma, como también, reformar la estructura social agraria, dotando de tierras a los hombres y mujeres campesinos que no la posean, a los minifundistas, mujeres campesinas jefes de hogar y –en lo que aquí interesa– a las comunidades indígenas.

Esta ley N° 160 del año 1994 ordena dotar de tierras a las comunidades indígenas, mediante los procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos. Posteriormente, y por Decreto N° 2164 del año 1995 se reglamenta parcialmente dicho capítulo en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas.

El artículo 1° de dicho Decreto dispone que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) realizará los estudios de las necesidades de tierras de las comunidades indígenas para la dotación y titulación de las tierras suficientes o

adicionales que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, el reconocimiento de la propiedad de las que tradicionalmente ocupan o que constituyen su hábitat, la preservación del grupo étnico y el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes.

Se define a los territorios indígenas como las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.

La reserva indígena por su parte, es definida como un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el Artículo 63 de la Constitución Política.

Cabe precisar que el Decreto N° 2001 del año 1988, el que queda derogado con la posterior sanción del Decreto N° 2164 del año 1995, contempla: a) los territorios indígenas, b) las reservas indígenas, c) los resguardos indígenas y d) las comunidades civiles indígenas.

Los resguardos indígenas son definidas por ese cuerpo legal como aquella institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.

Las comunidades civiles indígenas son definidas por el Decreto 2001 como comunidades o parcialidades indígenas que han perdido los títulos de propiedad de sus tierras, no pudiendo acreditarlos legalmente, o bien como descendientes de comunidades cuyos resguardos fueron disueltos y a cuyo respecto la tierra que poseen resulta insuficiente para el desarrollo de sus actividades socioeconómicas.

Si bien dicho Decreto ha quedado derogado y con él las cuatro definiciones atinentes al territorio indígena, resulta interesante apreciar las formas que existían antes de la entrada en vigencia del Decreto 2164 del año 1995, y cuales fueron tomadas.

Respecto del procedimiento dispuesto a los fines de la dotación y titulación, se prevé la realización de un estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia y funcionalidad étnica y cultural de las tierras de las comunidades, con el objeto de determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras; el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad.

El trámite se inicia de oficio por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, también puede ser a pedido del Ministerio del Interior u otra entidad pública, o por

solicitud de la comunidad indígena interesada a través de su cabildo o autoridad tradicional, o ante el requerimiento de una organización indígena.

La solicitud de constitución o ampliación del resguardo deberá ser acompañada de una información básica relacionada con la ubicación, vías de acceso, un croquis del área pretendida, el número de familias que integran la comunidad y la dirección. Posteriormente, se realizará una visita a la comunidad, en base a la cual se realiza el estudio antes mencionado.

En lo que hace a la determinación de la fecha de la visita, la ley prevé que una vez abierto el expediente, el INCORA incluirá dentro de sus proyectos de programación anual, la visita y estudios necesarios, destacando que cuando se trate de un caso urgente, le dará prioridad dentro de su programación. La orden de visita se comunicará, por diez días, al Procurador Agrario, a la comunidad indígena interesada o a quien hubiere formulado la solicitud.

Cuando se trate de procedimientos de ampliación, reestructuración o saneamiento de resguardos indígenas, la visita se comunicará también al Ministerio del Medio Ambiente, por cuanto el mismo debe pronunciarse sobre el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad del resguardo, para lo que dispone de un término no mayor de treinta (30) días.

El Instituto elaborará, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su culminación, el estudio en cuestión y el plano correspondiente.

Una vez concluido el estudio, en todos los casos, se da intervención por treinta días al Ministerio del Interior para que se expida. Resulta importante tener presente que a ley prevé que de no hacerlo en dicho plazo se entiende que la respuesta es favorable.

Luego y también dentro de los treinta días, la Junta Directiva del Instituto expedirá la resolución que constituya, reestructure o amplíe el resguardo indígena en favor de la comunidad respectiva. Esta resolución constituye título traslativo de dominio.

Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Se trata de una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva gozan de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna, por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten por aquellas.

Los resguardos indígenas quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad.

Colombia es un país con una normativa que acoge ampliamente los derechos de los Pueblos Indígenas, y de importantes avances en lo que hace a la incorporación y preservación de sus derechos territoriales. De hecho su Constitución recepta las entidades territoriales indígenas las que gozan de autonomía.

Las principales vulneraciones a los derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia, advertidas en los informes elevados en los años 2004 y 2011 a dicho Estado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, están dadas por la vulnerabilidad y violencia a las que quedan expuestas las comunidades en el marco de los conflictos armados presentes en dicho país, los que muchas de las veces se desarrollan dentro de sus territorios.

Conforme se desprende del informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas del año 2009, durante las últimas décadas, Colombia ha avanzado en el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el país. Actualmente existen 710 resguardos indígenas titulados, que ocupan una extensión, según el Gobierno, de aproximadamente 34 millones de hectáreas, lo que equivale al 29,8% del territorio nacional. Sólo el 7,68%, o sea 1.290 hectáreas son aptas para el cultivo, y en ellas vive el 65% de población indígena. El territorio restante está en áreas de selva Amazónica, sabanas de la Orinoquía y desierto en la Guajira.

Por otro lado, el desarrollo de procesos de constitución, ampliación y saneamiento de resguardos no parece responder a la cantidad de necesidades identificadas. En noviembre de 2008, 450 expedientes de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos indígenas se encontraban en curso, no obstante que, según datos del Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural de 2004, los territorios indígenas que aún se encuentran en trámite sumarían 1.627.758 hectáreas, donde viven por lo menos 380.000 indígenas.

5. CONCLUSIONES

En el marco del debate instaurado por la inminente sanción de un Código Civil y Comercial de la Nación que recepte la regulación de la propiedad comunitaria indígena mediante una ley especial, el repaso de las legislaciones comparadas analizadas permite recrear las diferentes aristas de dichos compendios normativos, marcar la evolución del instituto en otros países y, en su caso, allegar la experiencia que pueda extraerse de esos procesos.

Tanto en la República de Bolivia, como en la de Colombia, los derechos de los Pueblos Indígenas y, específicamente sus derechos territoriales, han sido receptados con gran extensión y detenimiento en sus Constituciones, lo que brinda un piso de importante reconocimiento y torna operativos dichos derechos.

El rango constitucional de estos reconocimientos hace a la efectivización de los derechos de los Pueblos Indígenas ya que la tutela constitucional les acuerda un status superior, evitando que –a diferencia de los consagrados en una legislación común–, dichos derechos puedan ser derogados por el gobierno de turno, lo que no implica negar que en la práctica puedan ser eventualmente desconocidos por su falta de implementación.

Ambas Constituciones, no sólo receptan los estándares internacionales sobre la regulación del derecho a la tierra y territorio indígena, sino que incluso garantizan la autonomía indígena de sus unidades territoriales.

A diferencia de nuestra Carta Magna, aquellas Constituciones resultan de una extensión mucho mayor, triplicando la cantidad de artículos que la Constitución Argentina contiene.

Ahora bien, la introducción de la propiedad comunitaria indígena y la regulación del procedimiento de titulación en las legislaciones de dichos países, no se efectiviza mediante una ley especial, sino que es introducida –en ambos casos– en el marco de una reforma agraria que tiene en miras una distribución más equitativa de la tierra, en donde se le otorga un rol económico social a la tierra y se garantiza el acceso a la misma.

Es así que el instrumento jurídico por el cual se hace ley el derecho a la tierra de los Pueblos Indígenas, no tiene como finalidad exclusiva reconocer los derechos de estos Pueblos, ni el ajustarse a los compromisos internacionales en la materia, sino la realización de un ordenamiento territorial, en donde campesinos, indígenas y minifundistas puedan tener la titularidad de la tierra que trabajan o tener acceso a ella. El compromiso político que orienta dichas reformas lo es con la asignación de tierra a quienes no la poseen y la eliminación del latifundio.

En la legislación boliviana se instauran formas de propiedad que se diferencian de la propiedad privada individual, así la propiedad comunitaria no está simplemente reservada para comunidades, sino que las cooperativas u otras formas de organización pueden acceder a dicha forma de propiedad.

En todos los casos la misma carece de contenido patrimonial, –básico en la propiedad individual a diferencia de la comunitaria–, encontrándose regida por el principio de la función social. De hecho –de no cumplirse esta condición–, es susceptible de ser revertido el título otorgado una vez detectado que el predio ha dejado de cumplir la función social inherente a su condición.

Esto permite replantear y cuestionar la concepción tan arraigada, y que nuestro ordenamiento jurídico recepta, sobre la naturaleza patrimonial de la propiedad, y su única forma de ser regulada como privada e individual, por cuanto no todas las legislaciones así la conciben.

Ambas legislaciones analizadas crean organismos específicos, de reforma agraria, encargados de efectivizar la titulación de las tierras, obteniéndose el mismo fruto de un procedimiento administrativo, que para el caso de Colombia establece plazos

perentorios –de treinta días– para que la autoridad de aplicación se expida. Esta última previsión es llamativa por cuanto, en la generalidad de los casos, los plazos en derecho administrativo son previstos para el administrado o solicitante, no para la autoridad administrativa, que en general cuenta con márgenes de mayor amplitud.

Bolivia da la potestad al Presidente de la Nación de otorgar los títulos de la tierra a comunidades indígenas.

En ambos casos se establece la figura de la unidad territorial, la que goza de autonomía. Sin perjuicio, de ello se recepta la regulación conforme los usos y costumbres de la comunidad al interior de la propiedad comunitaria, en lo que hace a la distribución y aprovechamiento de la misma.

El presente ensayo no pretende ser una propuesta de aplicación automática de estas legislaciones a la realidad de nuestro país, mas, en vista de estudiar la eventual implementación de la propiedad comunitaria indígena en la Argentina pueden resultar útiles algunas de sus definiciones y formulaciones.

Del mismo modo, las experiencias antes consignadas pueden llegar a dar sustento para que, adaptadas a la realidad de nuestro país, generen dispositivos adecuados tendientes al reconocimiento de los Pueblos Indígenas en Argentina.

Específicamente el presente trabajo propende a que el conocimiento de lo implementado en otros ámbitos de Latinoamérica pueda contribuir a acercarnos a los logros que dichas legislaciones han sabido gestar y prevenir posibles errores.

Tener presente dichas experiencias permite e invita a que Argentina considere, no ya como modelos abstractos, sino como sistemas reales y posibles –que con sus particularidades– están siendo implementados.

Ambas legislaciones analizadas, así como muchas de las normativas latinoamericanas que receptan el derecho comunitario indígena, se encuentran atravesadas e intentan saldar la deuda de para qué fines y para quienes es la tierra, crucial dilema y no abordado aún en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

ALWIN José. (2011) “Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: Situación Jurídica y Políticas Públicas, Observatorio Ciudadano, pp. 4, 16-20.

CHUMACERO RUIZ Juan Pablo. “Trece años de reforma agraria en Bolivia. Avances, dificultades y perspectivas”, pp.13-19 y **COLQUE Gonzalo** “La propiedad colectiva o comunitaria. Recientes enfoques y dilemas en la legislación agraria”, (2010), Informe 2009. Reconfigurando territorios reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia, Ediciones Fundación Tierra.

Constitución Política de Colombia 1991.

INRA. (2010), “La tierra vuelve a manos indígenas y campesinas. Cambia la estructura de la propiedad agraria”, pp. 8-9.

Ley N° 1.715 y su modificatoria **Ley N° 3.545** y **Ley N° 031**, de la República de Bolivia.

Ley N° 339 de la República de Bolivia.

Ley N° 160 del 1994 y **Decreto N° 2164** del 1995 de la República de Colombia.

Los Pueblos Indígenas en Colombia en el umbral del nuevo milenio. Capítulo III “Tierras y territorios de los pueblos indígenas”, pp. 107-111, ACNUR.

Nueva Constitución Política del Estado de la República de Bolivia 2008.

PINEDA CAMACHO Roberto (1997). La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia, Alteridades, pp. 114-117.

SEMPER Frank. Los derechos de los Pueblos Indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, pp. 767-770.

VALENZUELA CASTAÑOS Carlos Ricardo (2008). “Tierra y territorio en Bolivia”, Centro de Documentación e Información Boliviana, La Paz, pp. 11-44.

APORTES PARA UNA NORMA QUE GARANTICE EL DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO EN ARGENTINA

Silvina Zimerman¹⁷⁴

1. INTRODUCCIÓN

La implementación efectiva de los derechos indígenas se enfrenta con numerosas discusiones y resistencias, especialmente cuando se trata de la puesta en práctica de derechos como la autodeterminación o el derecho a la tierra y al territorio.

Los problemas de realización efectiva de los territoriales indígenas responden a múltiples factores que están asociados con la existencia de barreras ideológicas, que ponen en juego distintas valoraciones y visiones sobre lo indígena, pero también con obstáculos políticos y jurídicos. En tal sentido, si bien el Estado argentino ha ratificado

¹⁷⁴Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigadora- Facultad de Derecho (UBA) Miembro Fundadora de la Asociación de Abogados/as en Derecho Indígena (AADI). Autora y Co-autora de libros, informes y artículos en libros y revistas relacionados con temas de derechos humanos en general y derechos de los pueblos indígenas en particular. Fue abogada de comunidades indígenas en litigios ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y a nivel interno.

los principales instrumentos de derechos humanos que consagran los derechos de los pueblos y reconocido el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra tradicional indígena en la Constitución Nacional (artículo 75 incisos 17 y 22), la enorme mayoría de los grupos indígenas argentinos no logra disfrutar de sus derechos territoriales en la práctica.

La existencia de una brecha entre el reconocimiento legal y la implementación efectiva del derecho a la tierra y al territorio indígena viene siendo señalada al Estado argentino, de manera reiterada y sistemática, por los órganos de derechos humanos que tienen competencia en la materia.

En este contexto, el Estado argentino debe adoptar medidas de diversa índole capaces de reducir la brecha de implementación aludida. Entre tales medidas, es necesario que sancione la normativa necesaria para adecuar la legislación interna a los compromisos internacionales asumidos. Pues, en la actualidad, no existe en el orden jurídico argentino un procedimiento adecuado de delimitación, demarcación y titulación de tierras indígenas que respete con plenitud la identidad cultural de los pueblos indígenas. A pesar del esfuerzo derivado de la ley N° 26.160 –única ley nacional vinculada con las tierras indígenas sancionada con posterioridad a la reforma de 1994– el procedimiento de delimitación previsto allí dista de cumplir con las obligaciones legales internacionales vigentes porque la participación de las comunidades indígenas es insuficiente y porque, luego de la delimitación, no se prevé ningún procedimiento concreto de demarcación o titulación.

Paralelamente, los grupos indígenas no logran resolver la regularización de las tierras indígenas en la justicia argentina porque no existe claridad acerca de cuál sería la vía más adecuada para atender este tipo de reclamos. Los tribunales de justicia suelen ofrecer respuestas disímiles y contradictorias que, muchas veces, no consiguen tutelar los derechos específicos de estos pueblos.

Todo lo expuesto demuestra la indudable necesidad de desarrollar nuevos instrumentos normativos que sean respetuosos de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Como el Estado argentino forma parte del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, al diseñar tales instrumentos, se deben respetar los estándares internacionales en la materia. Al mismo tiempo, muchos países de América Latina han avanzado en el desarrollo de normativa que regula el derecho a la tierra y al territorio definiendo procedimientos específicos que son útiles como modelos a la hora de pensar mecanismos de implementación en el ordenamiento jurídico argentino.

Desde este marco, el objetivo de este trabajo es delinear un conjunto de pautas que deberían informar una norma que pretenda implementar el derecho a la tierra y al territorio en Argentina para ser respetuosa de los compromisos internacionales asumidos.

2. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS AL DESARROLLO DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO

Tal como adelanté, los derechos indígenas encontraron un lugar especial para desarrollarse en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos han realizado una enorme contribución en tal sentido, a través del impulso de instrumentos internacionales específicos¹⁷⁵ y de la re-interpretación, en clave indígena, de los tratados de derechos humanos de alcance general¹⁷⁶. De este modo, se han logrado precisar los estándares necesarios para que los Estados puedan delinear políticas y programas y realicen las adecuaciones normativas que les permitan a los pueblos indígenas vivir, y legar a las generaciones futuras, su propia cosmovisión e identidad cultural.

En el ámbito de la ONU desde que en 1970 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías del Consejo Económico y Social impulsó el estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas y, un año después, se creara el mecanismo de *Relator Especial sobre la situación y las libertades fundamentales de los indígenas* se han producido enormes avances:

- se crearon órganos específicos tales como el *Foro Permanente para las Poblaciones Indígenas* (2000), y el más reciente *Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*¹⁷⁷;
- se incorporaron estándares de derecho indígena dentro de las funciones de investigación e interpretación, en especial, mediante el trabajo de los órganos de tratados. A modo de ejemplo, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), en la Observación General N° 7, en la que interpretó el derecho a la vivienda, manifestó que los Estados deben adoptar medidas específicas para revertir la situación de discriminación que afecta de manera desproporcionada a los pueblos indígenas, en los casos de desalojos¹⁷⁸ y en la Observación General N° 12 expresó que la falta de acceso al territorio de los pueblos y comunidades indígenas puede comprometer el derecho a la alimentación de estos grupos¹⁷⁹;
- por último, se ha visibilizado e instalado una profusa agenda vinculada con los derechos de los pueblos indígenas a través del sistema de informes. Esta agenda está marcada por preocupaciones y recomendaciones relacionadas con los

¹⁷⁵ Pueden mencionarse los siguientes instrumentos específicos: OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, No. 169, 1989; ONU, Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295), 2007; ONU, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993)), 1992.

¹⁷⁶ Se han reinterpretado, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁷⁷ Para ampliar información sobre este mecanismo ver:

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP/Paginas/EMRIPIndex.aspx>.

¹⁷⁸ CDESC, "El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos" (E/1999/22), Observación general N° 7, 16º período de sesiones, 1997, anexo IV.

¹⁷⁹ CDESC, "El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)" (U.N. Doc. E/C.12/1999/5), Observación general N° 12, 20º período de sesiones, 1999.

efectos de la explotación irracional de los recursos naturales, los proyectos de desarrollo económico, las políticas agrarias, la creación de parques nacionales sobre territorios indígenas y la degradación ambiental. Además, tanto los órganos de supervisión de tratados como el Consejo de Derechos Humanos vienen haciendo hincapié en la falta de implementación de los derechos, la multiplicación de situaciones de violencia a raíz de la lucha por la tierra y en la criminalización por parte del poder judicial.

Por su lado, en el ámbito de la OEA, los primeros pasos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estuvieron vinculados con la realización de operaciones militares en tierras indígenas. Uno de los primeros informes que tuvo impacto y trascendencia fue *el Informe sobre la Situación de los Miskitos en Nicaragua*¹⁸⁰. Para tratar este asunto, que era de gran complejidad, pues incluía la persecución de este grupo por el Frente Sandinista de Liberación Nacional, la CIDH debió sobrepasar varias dificultades. Desde precisar el ámbito de la controversia y el sistema normativo aplicable a situaciones que, hasta ese momento, parecían ajenas al Derecho Internacional, hasta trabajar con hechos que ocurrían en una zona de difícil comunicación y acceso, altamente militarizada y con escasísimos testigos imparciales. Si bien los hechos del informe se referían principalmente a las detenciones arbitrarias y al traslado forzoso de aproximadamente 8.500 miskitos, comenzó a tomar trascendencia un aspecto esencial de los derechos indígenas: los derechos territoriales y el valor del territorio para las comunidades indígenas.

Luego, resultó muy importante la actuación de la CIDH en materia de medidas cautelares, no solo para proteger la vida e integridad personal de los miembros de las comunidades indígenas, sino también para garantizar su supervivencia como pueblo. Se hicieron recomendaciones novedosas en las que expresamente se solicitó a los Estados la adopción de medidas para “proteger la especial relación que tienen con su territorio¹⁸¹, asegurar la permanencia de las comunidades en determinados territorios, evitando desalojos (incluso dispuestos en la órbita judicial) y la suspensión de concesiones y permisos de explotación maderera, minera y petrolera.

Por último, la Comisión Interamericana elaboró algunos *Informes especiales* entre los que caben destacarse: *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas* del año 2000¹⁸², *Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* en el año 2001¹⁸³ y el reciente *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales* publicado en el 2009¹⁸⁴. Este último informe es de

¹⁸⁰ CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito” (OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3), 29 noviembre 1983.

¹⁸¹ Ver entre otras, CIDH, “Medidas cautelares otorgadas a favor de Comunidad Indígena de Awás Tingni (Nicaragua)”, 1997, “Medidas cautelares otorgadas a favor de Comunidades Indígenas Mayas (Belice)”, 2000, “Medidas cautelares otorgadas a favor de De Vereninig van Saramakaanse (Suriname)”, 2002, “Medidas cautelares otorgadas a favor del Pueblo indígena Kankuamo (Colombia)”, 2003, “Medidas cautelares otorgadas a favor de la Comunidad Indígena Qom Navogoh ‘La Primavera’ (Argentina)”, 2011, “Medidas cautelares otorgadas a favor de los Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche (Argentina)”, 2011.

¹⁸² CIDH, “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas” (OEA/Ser.L/VII.108), 2000.

¹⁸³ CIDH, “Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” (OEA/Ser.L/V/II.110), 2001.

¹⁸⁴ CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09), 2009.

suma relevancia porque contiene definiciones sobre “pueblo indígena”, “tribal”, “tierra”, “territorio” y “recursos naturales”, y porque desarrolla estándares que brindan contenido normativo a los derechos territoriales indígenas, obligaciones estatales, protección, acceso a la justicia y reparación.

Finalmente, la Corte Interamericana cuenta con 8 sentencias de fondo en las que se expidió sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas¹⁸⁵.

Todos estos avances permiten responder los interrogantes más frecuentes en esta temática y visualizar un fecundo mapa normativo: ¿A quién se considera indígena y es, por lo tanto, titular de estos derechos?, ¿Cuál es la diferencia entre la noción de tierra y la de territorio?, ¿Cuánta tierra debe entregarse a un pueblo indígena o una comunidad?, ¿Qué características deben revestir esas tierras? y ¿Cuáles son los deberes estatales en la materia?

Retomando cada uno de estos interrogantes, de modo sintético, cabe señalar que el criterio para definir quién es indígena es el autorreconocimiento como tal o la conciencia de su identidad. Es decir, no hay una definición que se impone desde afuera sino que parte del propio sujeto que se autoidentifica como indígena. Este criterio, plasmado en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, además de haber sido receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁶, ha sido recientemente confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el *Caso de la Confederación Indígena Neuquina*¹⁸⁷. En este caso, el máximo tribunal le indicó a las provincias que en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas deben cumplir con el umbral mínimo de protección delineado por el derecho federal.

A su vez, el derecho internacional de los derechos humanos distingue entre las nociones de “tierra” y “territorio” para reflejar la diferencia entre un espacio físico o geográfico determinado —la porción de tierra en sí— de la reproducción o manifestación de la vida cultural asociada a ese espacio. Esto último está vinculado con formas particulares de uso de la tierra y de los recursos, con lazos ceremoniales y espirituales que los pueblos y comunidades mantienen con ella y con múltiples maneras de ser y de relacionarse con el mundo. A partir del *leading case* de la Comunidad Mayagna Sumo de Awas Tigni contra Nicaragua, la Corte IDH viene insistiendo en que “*La relación de los PI con la tierra no es meramente de explotación económica sino que contiene elementos*

¹⁸⁵ Los casos de la Corte Interamericana son: Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146; Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, No. 214; Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125; Corte IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79; Corte IDH, “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124; Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172; Corte IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C, No. 245; Corte IDH, “Caso Yatama Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.

¹⁸⁶ Corte IDH, “Caso de la Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, op. cit, párr. 37.

¹⁸⁷ CSJN, “Confederación indígena neuquina c. Provincia de Neuquén” s/acción de inconstitucionalidad, 14 de diciembre de 2013.

materiales e inmateriales y espirituales que debe protegerse plenamente”¹⁸⁸ y que la noción de tierra abarca la de territorio¹⁸⁹.

¿Cuál es, entonces, la cantidad de tierra que debe regularizarse legalmente a favor de un determinado pueblo o comunidad?

Los órganos de derechos humanos han establecido que las tierras que se entreguen deben ser de *suficiente extensión y calidad*¹⁹⁰ para que las comunidades puedan desarrollarse, y vivir, conforme con su identidad cultural. Además, tanto las legislaciones modernas –entre ellas la de Argentina¹⁹¹– como los instrumentos internacionales¹⁹² optaron por el criterio de la *tradicionalidad* para identificar el sector de tierra o territorio que le corresponde a un pueblo o comunidad. Esto define como propio de una comunidad los espacios territoriales que están en la memoria colectiva de las actuales generaciones¹⁹³ y que todavía se reconocen como parte del hábitat natural del pueblo en cuestión, sea que esté enteramente bajo su control o que haya sido objeto de usurpaciones y desmembramientos en los últimos años.

A partir de estos conceptos, el derecho internacional estipula que las comunidades tienen derecho a: 1) la entrega de tierras que son utilizadas por el pueblo y la comunidad, respetando las distintas modalidades de uso de la tierra y los recursos¹⁹⁴; 2) las tierras perdidas involuntariamente y a las que hayan tenido tradicionalmente acceso¹⁹⁵; y c) la entrega de tierras adicionales o complementarias¹⁹⁶ pues la cuestión central en asuntos de tierra y territorio radica en asegurar el desarrollo y la continuidad del pueblo o la comunidad.

Por último, al ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Convenio 169 de la OIT o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados han asumido las siguientes obligaciones frente al derecho a la tierra y al territorio: 1) Obligación de reconocer y asegurar legalmente la posesión y la propiedad indígena. En todos los casos de tierras indígenas, la Corte Interamericana ha utilizado como fórmula para resaltar esta obligación que el Estado debe “*delimitar, demarcar y titular*” las tierras indígenas, 2) Obligación de restituir tierras tradicionales perdidas involuntariamente, 3) Obligación de adecuar el marco legal relacionado con la tierra y el territorio indígena, 4) Obligación de proteger la tierra y el territorio, 5) Obligación de reparar lesiones a la integridad del territorio, 6) Obligación de instituir e implementar garantías para la tierra y el territorio, tales como la personería jurídica, la consulta previa e informada y participación, la previsión de beneficios compartidos, de estudios

¹⁸⁸ Corte IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, op. cit. párr. 149.

¹⁸⁹ Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op. Cit., nota al pie No. 63.

¹⁹⁰ Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”, op. cit., párr. 128.

¹⁹¹ El artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional *recepta este criterio de tradicionalidad*.

¹⁹² Véase el artículo 14 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes No. 169 de la OIT, citado previamente.

¹⁹³ Corte IDH, “Caso de la Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, op. cit. párr. 95.

¹⁹⁴ Véanse los artículos 13 a 15 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes No. 169, los art 25, 26 y 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el artículo 75 inc. 17 de la CN.

¹⁹⁵ Véase el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, los art 25, 27 y 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el artículo 75 inc. 17 de la CN.

¹⁹⁶ Véanse los artículos 16 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes No. 169 y 75 inc. 17 de la CN.

de impacto ambiental, social y cultural, procedimientos adecuados de delimitación y titulación y recursos administrativos y acciones legales de protección.

3. PAUTAS PARA UNA NORMA SOBRE DERECHOS TERRITORIALES

De acuerdo con la interpretación que han efectuado los órganos de protección de los derechos humanos de las obligaciones reseñadas, cualquier legislación que instituya un procedimiento de delimitación y titulación de las tierras indígenas debería contemplar:

1) La inclusión de conceptos de derecho indígena y de principios guía de interpretación

Como el derecho indígena trae consigo nuevas relaciones sociales y jurídicas, ajenas a la tradición occidental, es necesario incorporar principios de interpretación general sobre la aplicación de la ley que guíen las soluciones y faciliten la resolución de los casos que puedan generar controversia. Entre dichos principios se debería incluir: a). El principio de protección de la diversidad cultural como estructurador de la ley, b). El principio de interpretación de los derechos a partir del vínculo especial con la tierra, c) El principio de prevalencia de la propiedad comunitaria por sobre la propiedad privada, interpretado por la Corte Interamericana en el *Caso Yakye Axa c. Paraguay* en virtud de la diferente naturaleza de estos derechos¹⁹⁷, d) El principio de regulación autónoma interna, según el cual una vez formalizado el derecho a la tierra, las cuestiones internas relativas a la administración de la tierra y sus recursos naturales es cuestión privada de cada comunidad o grupo de comunidades, e). El principio de subsistencia como pueblo diferente, que significa que jamás se puede adoptar una medida que constituya una denegación de las costumbres de manera tal que se ponga en peligro la subsistencia como pueblo¹⁹⁸ y f) Principios de coordinación y compatibilización normativa entre el derecho indígena y otras legislaciones, cuya necesidad es constantemente recalcada por los órganos de la ONU. Esto resulta fundamental, en particular, respecto de la legislación vinculada con recursos naturales porque la ausencia de reglas claras provoca que, muchas veces, por la índole de los intereses involucrados termina prevaleciendo de la legislación occidental por sobre el derecho indígena. Sobre este punto, algunos países, como Bolivia, establecen que el Convenio 169 de la OIT debe servir de guía de interpretación en todo momento; otros, como Venezuela, introducen un criterio general de preferencia de aplicación normativa del derecho indígena frente a cualquier otra legislación que se oponga a él. Por otro lado, ciertas legislaciones, como las de Nicaragua, Venezuela, Brasil o Bolivia, incorporaron definiciones terminológicas sobre nociones tales como “territorio”, “autoridad tradicional”, “área complementaria”, “tierra tradicional”, entre otros. Si bien con la inclusión de definiciones se corre el riesgo de encorsetar pautas culturales que, a veces, son difíciles de traducir o generalizar, lo cierto es que pueden resultar de suma utilidad para operadores jurídicos tradicionalmente acostumbrados a pensar las instituciones jurídicas desde el punto de vista de las relaciones y formas de organización occidental.

¹⁹⁷Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, op. cit., párrs. 146 a 149.

¹⁹⁸Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, op. cit., párrs. 128 y ss.

2) Estándares en materia de procedimientos

Por otro lado, la legislación debería incluir de manera expresa los estándares en materia de procedimientos desarrollados por los órganos de derechos humanos, especialmente por la Corte Interamericana en el caso de la *Comunidad Xákmok Kásek c. Paraguay*. Es decir, los criterios de:

- a) *adecuación* a las formas culturales indígenas, incluyendo la figura intérpretes, material en lengua indígena y defensores oficiales bilingües,
- b) *efectividad*. Que los derechos sean efectivos implica que puedan realizarse plenamente en la práctica. En los casos pueblos y comunidades indígenas, se ha señalado que deben realizarse estudios técnicos suficientes y que no se puede supeditar la formalización legal de la tierra a la voluntad de terceros. Además, la efectividad supone que se dispongan previsiones presupuestarias mediante la constitución de fondos, como lo prevén múltiples legislaciones en América Latina o asignaciones específicas de recursos, tal como lo hace la legislación de Nicaragua. También es fundamental contar con un Sistema Nacional de Información sobre la Propiedad, al estilo de Honduras, con el fin de unificar la información respecto de la propiedad y situación dominial e identificar la tierra disponible.
- c) otros estándares de procedimiento son el de *debida diligencia*, entendido como la imposibilidad de que el impulso del trámite quede a cargo de la víctima;
- d) el de *simplicidad y accesibilidad*, que significa que no se deben imponer formalidades burocráticas, trámites onerosos, requisitos sumamente estrictos en materia de prueba y que el peso de la prueba no puede recaer sobre las comunidades indígenas. Varias legislaciones latinoamericanas incluyen la gratuidad de los costos de registros, trámites y titulaciones y, en materia de prueba, prevén la elaboración de informes sobre los antecedentes históricos de la comunidad, sus formas tradicionales de uso de la tierra, los eventuales conflictos existentes y, sobre todo, la situación jurídica y catastral. En el caso de Guatemala se ha introducido la figura de la inspección ocular como mecanismo para corroborar la ocupación de la tierra.
- e) *plazo razonable*. Además de los estándares clásicos en materia de plazo razonable, desarrollados en el Sistema Interamericano, en el caso de los pueblos indígenas, se ha señalado la necesidad de brindar un plus de protección porque el retardo genera el escenario propicio para lesionar la integridad territorial, provocando daños irreversibles. Por ejemplo, en el *Caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Estado argentino* desde el inicio del reclamo en el año 1984, hasta la actualidad, se ha degradado el hábitat producto de la tala y los desmontes, formando peladares. Esto redundó en una modificación de las prácticas culturales de subsistencia, ya que dejaron de existir ciertos recursos básicos para la supervivencia¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Para ampliar información sobre este caso Ver Carrasco, Zimmerman, *El Caso Lhaka Honhat*, IWGIA 1, 2006, disponible en www.iidh.ed.cr/comunidades/.../caso%20lhaka%20honhat,%20arg.pdf.

3. Etapas de identificación del territorio, de demarcación y titulación

Considerando que no todas las comunidades indígenas tienen las mismas costumbres ni las mismas ideas, valores o relaciones sociales, los planes de delimitación, amojonamiento y titulación deben diseñarse en forma conjunta con cada una de ellas. El único capaz de señalar cuál es el territorio físico, espiritual y vital relevante para el mantenimiento de su forma de vida es el propio pueblo o comunidad. En esta línea, Venezuela ha incorporado la figura de los “proyectos de autodemarcación” elaborados por los pueblos o comunidades. Además de relevar cuál es el territorio que pertenece a una comunidad –tal como sucede en Argentina con la ley N° 26.160 y sus sucesivas prórrogas– la política pública estatal debe demarcar las tierras que pertenecen a un pueblo, comunidad o grupo de comunidades y llevar a cabo la titulación bajo la forma de propiedad comunitaria. Cuando la propiedad comunitaria no se instrumenta en su totalidad, pues falla alguna de estas etapas, el territorio indígena queda expuesto a intrusiones e intromisiones por parte de funcionarios estatales o de terceros y se limitan las posibilidades de defensa de las comunidades, lesionando la preservación de las formas culturales.

Sobre este punto, prácticamente todas las legislaciones de América Latina que regulan el derecho indígena a la tierra y al territorio disponen etapas definidas con plazos establecidos hasta concretar las inscripciones como propiedad comunitaria en los registros de la propiedad.

Nicaragua regula el procedimiento de delimitación y demarcación en su ley N° 445 – Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz²⁰⁰–. Entre los principios básicos que guían todo el procedimiento se encuentran la plena participación directa de los pueblos indígenas y comunidades étnicas con voz y voto, a través de sus autoridades tradicionales, la voluntad permanente de concertación y de armonía entre las diferentes instituciones y personas involucradas, la determinación de la superficie y los límites de los espacios territoriales a reconocer, tomando en cuenta la posesión histórica y cultural ejercida por la comunidad o comunidades solicitantes y la voluntad de contribuir de manera pacífica y razonable a la búsqueda de solución a eventuales conflictos entre comunidades vecinas. El procedimiento cuenta con una etapa de presentación de solicitud, una de solución de conflictos, una de medición y amojonamiento y una de titulación y saneamiento. Además se dispone la traducción y amplia divulgación de la ley y se suspende la entrega de títulos supletorios o de reforma agraria sobre tierras reclamadas por las comunidades objeto de la ley.

Por su parte, Colombia cuenta con una legislación referente a sus comunidades negras. El Decreto 1.745 –Derecho de propiedad colectiva a comunidades negras²⁰¹– regula que para realizar el procedimiento de titulación se crea una Comisión Técnica que evalúa las solicitudes de titulación colectiva, emite un dictamen previo y realiza una visita. En

²⁰⁰Ley N° 445 “Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”, Managua, 22 de enero de 2003

²⁰¹Decreto 1.745 “Derecho de propiedad colectiva a comunidades negras”, Santafé de Bogotá D.C., 12 de octubre de 1995.

caso de que no hubiere acuerdo en la delimitación de un territorio donde habiten dos o más comunidades, se conformará una Comisión con representantes de las comunidades y de distintas reparticiones estatales.

En Venezuela la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas²⁰² establece un proceso de demarcación a cargo de un órgano del Ministerio de Ambiente y los Recursos Naturales del Estado Nacional y los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas legalmente constituidas. La ley prevé distintas situaciones para las que considera aplicables el proceso de demarcación: “[...] 1. Hábitat y tierras identificados y habitados únicamente por un solo pueblo indígena. 2. Hábitat y tierras compartidos por dos o más pueblos indígenas. 3. Hábitat y tierras compartidos por pueblos indígenas y no indígenas. 4. Hábitat y tierras que están en Áreas Bajo Régimen de Administración Especial. 5. Hábitat y tierras en las cuales el Estado u organismos privados hayan decidido implementar proyectos de desarrollo económico y de seguridad fronteriza [...]” (artículo 8). Si las tierras están ocupadas por personas naturales o jurídicas no indígenas se deben asegurar los derechos indígenas luego de agotar la vía conciliatoria. Además, el financiamiento del proceso está a cargo del Estado venezolano. Esta ley coexiste con la Ley Orgánica de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela²⁰³. Allí se establece que el procedimiento se puede iniciar de oficio o a solicitud de un pueblo o comunidad indígena, que pueden hacerlo directamente o a través de sus organizaciones. Existe un lapso de discusión del informe de demarcación y luego una Comisión Nacional se pronuncia sobre la demarcación y titulación del hábitat y tierras y se inscribe el título en un registro especial creado al efecto.

En Honduras, el Decreto 82-2004 –Ley de Propiedad²⁰⁴–, establece el Programa Nacional de Regularización Predial, entre otros casos, respecto de situaciones que careciendo de título sean ocupadas por grupos étnicos. Como mecanismos de regularización se prevé la expropiación forzosa (para casos de necesidad pública) y la prescripción adquisitiva. Los derechos de propiedad sobre las tierras se titulan a favor de las comunidades en forma colectiva. El reglamento de esta ley²⁰⁵ dispone que también podrá titularse a un conjunto de comunidades cuando así lo solicite, reconociendo los particulares modos de ocupación, utilización y producción. Del mismo modo, existe una prevalencia de los derechos de propiedad y ocupación de los pueblos indígenas por sobre títulos emitidos a favor de terceros que nunca las han poseído. Pero, por el contrario, el tercero que tenga título de propiedad en tierras de estos pueblos y que ha ocupado y poseído la tierra amparada por ese título, tiene pleno derecho de continuarla poseyendo y explotando.

En Panamá, de acuerdo con la ley N° 72 que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de tierra de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas²⁰⁶ de Panamá, las comunidades indígenas deben presentar una

²⁰²“Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas” (Gaceta Oficial N° 37.188), Caracas, 21 de diciembre de 2000.

²⁰³ Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas “Ley Orgánica de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela” (Gaceta Oficial n° 38.344), Caracas, 27 de diciembre de 2005.

²⁰⁴ Decreto 82-2004 “Ley de Propiedad”, Tegucigalpa, 28 de mayo de 2004.

²⁰⁵ Resolución C.D.-IP No. 003-2010 “Reglamento de la Ley de Propiedad”, Tegucigalpa, 7 de mayo de 2011.

²⁰⁶ Ley N° 72 “Que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de tierra de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas”, Panamá 23 de diciembre de 2008.

solicitud de titulación colectiva. A los efectos de obtener la documentación necesaria para realizar la solicitud de titulación, las respectivas instituciones del Estado deben expedir los documentos necesarios en un término no mayor de treinta días y de forma gratuita. Una vez recibida la solicitud, una autoridad nacional realiza una visita al lugar.

En Chile, la ley N° 19.253 –ley indígena²⁰⁷– dispone que en el caso de tierras indígenas provenientes de tierras de títulos de merced se puede solicitar la división formalmente a un juez competente por la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios residentes en ella. El juez, sin forma de juicio y previo informe, procede a dividir el título común, entregando a cada indígena lo que le corresponda aplicando el derecho consuetudinario. Los indígenas ausentes y los que sean titulares de derechos hereditarios sobre estas tierras y no desearan libre y voluntariamente pertenecer a la comunidad, pueden solicitar al Juez el reconocimiento de sus derechos, los que una vez determinados se pagarán en dinero.

Costa Rica cuenta con la ley N° 6.172 –Ley indígena²⁰⁸– que contiene un procedimiento de demarcación y titulación pero referido a las reservas indígenas previamente establecidas en los Decretos Ejecutivos números 5904-G, 6036-G, 6037-G, 7267-G y 7268-G, así como la reserva indígena Guaimí de Burica. Los límites de estos territorios ya se encuentran establecidos por lo que se designa un organismo encargado de efectuar la demarcación territorial de las reservas indígenas. Las reservas se inscriben libres de todo gravamen y los trasпасos del Estado a las comunidades indígenas son gratuitos, no pagan derechos de Registro y están exentos de todo tipo de carga impositiva.

En Brasil, el Decreto 22/91²⁰⁹ consagró un procedimiento administrativo de delimitación y demarcación, previendo etapas de identificación del área por un grupo técnico, coordinado por un antropólogo, la delimitación cartográfica y la declaración de utilidad pública de los límites por decreto ministerial, la demarcación física y la digitalización de los exactos límites demarcados, la homologación de la demarcación por decreto presidencial, el registro de las tierras en las notarías de bienes raíces y la indemnización por mejoras y reasentamiento a eventuales ocupantes no indígenas.

En Bolivia, el Decreto Supremo 29.354²¹⁰ tiene por objeto establecer la existencia de la causal de expropiación por utilidad pública de reagrupamiento y redistribución de la tierra, con fines de dotación a favor del Pueblo Indígena Guaraní del Departamento de Chuquisaca.

Por último, en Paraguay existe la ley N° 904/81 –Estatuto de las Comunidades Indígenas²¹¹– que estipula que cuando una comunidad indígena tuviera reconocida su personería jurídica, se le transferirán las tierras en forma gratuita e indivisa y libre de todo gravamen, debiendo inscribirse el título en el Registro Agrario, Registro General de Propiedad y Registro Nacional de Comunidades Indígenas. La fracción no podrá ser

²⁰⁷Ley N° 19.253 “Ley indígena”, Nueva Imperial, 5 de octubre de 1993.

²⁰⁸Ley N° 6.172 “Ley indígena”, San José, 29 de noviembre de 1977.

²⁰⁹Decreto 22/91 “Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências”, Brasília, 4 de febrero de 1991.

²¹⁰Decreto Supremo 29.354 “Establecer la existencia de la causal de expropiación por utilidad pública de reagrupamiento y redistribución de la tierra...”, La Paz, 28 de Noviembre de 2007.

²¹¹Ley N° 904/81 “Estatuto de las Comunidades Indígenas”, Asunción, 18 de Diciembre de 1981.

embargada, enajenada, arrendada a terceros, prescripta ni comprometida en garantía real de crédito alguno, en todo o en parte. Las tierras para el asentamiento de comunidades indígenas podrán ser solicitadas tanto si: a) son fiscales; b) son de dominio privado.

En ambos casos, la superficie de las tierras destinadas a comunidades indígenas se determinará conforme al número de pobladores asentados o a asentarse en cada comunidad, de tal modo a asegurar la viabilidad económica y cultural y la expansión de la misma. En diciembre de 1988 se sancionó la ley N° 1.372/88²¹², que establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas. Allí se declara de interés social y sujetos a expropiación las tierras que resultaren afectadas por las disposiciones de la ley.

4. Incorporación de mecanismos específicos de solución de controversias entre el derecho de propiedad comunitaria y el derecho de propiedad privada

En relación con este punto, cualquier mecanismo que se idee debería incluir diferentes modalidades de solución de posibles conflictos con terceros poseedores de títulos sobre tierras indígenas o con ocupantes no indígenas. Los procesos históricos de apropiación de tierras determinaron que gran parte de las tierras tradicionales indígenas se encuentren hoy en esta situación. Por tal razón, este tipo de problemas suele ser muy frecuente a la hora de iniciar los procesos de titulación. Por lo general, las legislaciones extranjeras incluyen etapas denominadas “de saneamiento” en las que incorporan procesos de concertación o mecanismos de solución alternativa de conflictos, que en ocasiones pueden incluir el pago de indemnizaciones a los terceros. En algunos casos se prevé la reubicación de los terceros y, para el supuesto en que no fuere posible o no fuere aceptada la propuesta, deberá procederse a la expropiación o al pago de indemnizaciones.

Empero, en varios países se incluye una regla según la cual cuando se emplearon todos los medios necesarios y no fue posible llegar a un acuerdo, se prosigue con el procedimiento de titulación a favor de las comunidades indígenas y se dejan a salvo los derechos de terceros para, eventualmente, recurrir a la justicia. Estos mecanismos de concertación o alternativos deberían tener un plazo abreviado de manera de no dilatar la titulación de tierras indígenas por conflictos con terceros.

5. Conflictos espaciales intercomunitarios

También algunas legislaciones como la de Nicaragua, Colombia y Venezuela han previsto mecanismos de concertación para solucionar conflictos por superposición de solicitudes sobre un mismo territorio de más de un pueblo o comunidad. En estos casos, se debería dar lugar a procesos de solución intercomunitarios y, solo cuando no sea posible llegar a un acuerdo utilizar mecanismos de intervención estatal.

Esto es así porque la base del derecho indígena es el respeto de la cultura, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas lo que implica que puedan resolver sus conflictos según sus propios mecanismos y de manera acorde con su

²¹² Ley N° 1.372/88 “Que establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas”, Asunción, 19 de diciembre de 1988.

cosmovisión. En tal sentido, el Convenio 169 de la OIT establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio —lo que incluye los procedimientos sobre titulación de tierras— se debe respetar “la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos” (artículo 5) y que tienen derecho a “conservar sus costumbres e instituciones propias” (artículo 8.2). En el mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” (artículo 4) y que “tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (artículo 5).

De estas disposiciones normativas se desprende la regla general según la cual se debe brindar el máximo espacio de libertad y autonomía a los pueblos y comunidades para decidir los asuntos relativos a su desarrollo y a su forma de vida y, solo en casos excepcionales, que encuentren una justificación objetiva y razonable, aceptar intromisiones estatales. Esta concepción fue expresada por la Corte Constitucional de Colombia bajo el principio de maximización de la autonomía y minimización de las restricciones”, al decidir diversos casos en los que se discutieron los límites constitucionales de la jurisdicción indígena²¹³.

6. Incorporación de mecanismos expresos de entrega de tierras complementarias a las de uso y ocupación tradicional y de recuperación de tierras perdidas

Algunos países prevén como mecanismos para la recuperación de tierra perdidas o la entrega de tierras complementarias, la adjudicación de tierras fiscales, la compra de tierras, la expropiación por utilidad pública de reagrupamiento y redistribución de la tierra —como en el caso de Bolivia—, la cesión, entre otros.

Además, la norma debería regular otros mecanismos expeditos, con plazos breves, para recuperar tierras perdidas involuntariamente por la acción de terceros, empresas o de autoridades públicas.

7. Consagración de recursos administrativos sencillos y acciones judiciales, que tengan en cuenta las particularidades propias de las comunidades indígenas, sus valores, usos y costumbres

De acuerdo con los estándares internacionales, se deben regular recursos administrativos sencillos para que las comunidades puedan cuestionar las resoluciones adoptadas por los órganos administrativos, indicando cuáles son los recursos disponibles y los plazos administrativos para resolverlos. Además, se debe indicar cuáles son las acciones judiciales adecuadas con el fin de evitar decisiones disfuncionales de los tribunales, y obstáculos en el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades, a raíz de la falta de claridad y certeza. Algunos países han previsto que la acción judicial del amparo es el mecanismo idóneo para proteger el derecho a la tierra y

²¹³ Para ampliar información sobre este punto, ver BONILLA, D. “Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano”, en AAVV. Los Derechos Fundamentales, SELA 2001, Editores del Puerto, 2003.

al territorio indígena, dado el grave peligro y amenaza para la vida indígena que la demora en las soluciones concretas puede llegar a ocasionar. La viabilidad de la acción de amparo para tutelar aspectos vinculados con el derecho a la tierra y al territorio ha sido estipulada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de la comunidad *Eben Ezer*²¹⁴.

8. Mecanismos de protección del territorio indígena hasta tanto se concrete la titulación y a futuro

Sobre el deber de adoptar medidas para evitar la desintegración del territorio, la Corte Interamericana hizo especial hincapié en la última sentencia del caso del pueblo Sarayaku²¹⁵. En esa sentencia se pudieron visualizar los efectos devastadores de la industria petrolera, no solo respecto del hábitat y el entorno sino también de las relaciones sociales y comunitarias. La Corte Interamericana entendió que la tolerancia estatal a la conducta de la empresa frente a los constantes ofrecimientos de dinero a miembros de la comunidad y la formación de grupos de respaldo a la actividad petrolera había afectado el modo de vida indígena.

En esta línea, se deberían incluir disposiciones relativas a:

- a) La imposibilidad de modificar los títulos o territorios sin consentimiento de las comunidades o pueblos.
- b) La inexpropiabilidad del territorio indígena.
- c) La seguridad jurídica de la tenencia y la suspensión de desalojos. Por ejemplo, en México, Bolivia y Paraguay existen cláusulas que prohíben el desplazamiento de comunidades, excepto en los casos que provengan de las propias necesidades comunitarias o de riesgos o desastres y estipulan que la reubicación debe hacerse en áreas de similares condiciones a las de origen y que se conserva el derecho de regresar si cesan las causas de desplazamiento.
- d) Protecciones relativas al control, uso y explotación de los recursos naturales, incluidas medidas de emergencia para evitar la degradación ambiental y sobre concesiones económicas y proyectos de desarrollo. Por ejemplo, Venezuela contiene prohibiciones expresas que impiden que se ejecuten proyectos que afecten la integridad cultural, en Bolivia ningún tercero puede explotar la tierra y sus recursos, y en México y Venezuela existen disposiciones que prohíben actividades peligrosas como los desechos industriales sobre tierras indígenas.
- e) También se deben incluir protecciones de lugares sagrados, y medidas urgentes en casos de usurpación o invasión de tierras. La legislación de Panamá, en tal sentido, exige una conducta activa de las autoridades para hacer respetar los derechos de propiedad indígena en el caso de usurpación o invasión de tierras y directamente prohíbe la apropiación privada de tierras indígenas.
- f) Además, se deben consagrar, de manera expresa, las garantías de consulta y participación, de estudios de impacto ambiental social y cultural, la participación de beneficios compartidos y la inscripción como persona jurídica mediante un trámite sencillo²¹⁶. Sobre este último aspecto es fundamental que el Estado les

²¹⁴ CSJN, "Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo", sentencia del 30 de septiembre de 2009.

²¹⁵ Ver Corte IDH, "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador", op. cit.

²¹⁶ Al respecto, Corte IDH, "Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay", op. cit.

reconozca la personería jurídica de manera de facilitar las inscripciones registrales como sujetos colectivos así como la eventual utilización de recursos administrativos o de acciones judiciales. La personería jurídica no es constitutiva sino declarativa del derecho pues, con dicho acto administrativo, el Estado no hace nacer un derecho o situación sino que reconoce un hecho de la realidad, la comunidad, que lo preexiste.

- g) Por su parte, también se deberían incluir las restricciones a la posesión y propiedad comunitaria y sus consecuencias. Partiendo del concepto de que las tierras y territorios indígenas están vinculados con la protección de una forma de vida –no con un valor económico– la mayoría de las legislaciones establecen que éstas son inenajenables, imprescriptibles, intransferibles, inalienables e inembargables. La legislación de Chile y la de la provincia de Chubut incluyen cláusulas expresas que disponen la nulidad de cualquier acto ejecutado contra estas restricciones.
- h) Finalmente, sería beneficioso incluir un Sistema de responsabilidades y sanciones a funcionarios que impidan el cumplimiento del derecho a la tierra y al territorio, al estilo de México u Honduras, de manera de facilitar la realización de sumarios administrativos, impulsar la aplicación de estos derechos y desalentar su incumplimiento.

En suma, de acuerdo con la teoría del derecho internacional de los derechos humanos los estándares relativos al derecho indígena a la tierra y al territorio deben aplicarse a nivel interno. Por tal razón, es necesario identificar las distintas dimensiones de este derecho y las obligaciones internacionales en la materia. A su vez, la caracterización de estas dimensiones resultan cruciales a la hora de estudiar la legislación de América Latina pues permiten identificar con claridad distintos desajustes que deben corregirse en la medida que los estándares internacionales cumplen cabalmente con los deseos de los pueblos indígenas al ser mucho más afines a la forma que tienen estos pueblos de relacionarse con la tierra y concebir su territorio. El diseño de un mecanismo de delimitación, demarcación y titulación y protección de la tierra y el territorio que incorpore este tipo de herramientas en Argentina no solo contribuirá a desarrollar normativa que respete las obligaciones internacionales asumidas sino, fundamentalmente, a disminuir la brecha entre el reconocimiento formal y retórico de los derechos y su ejercicio y disfrute efectivo.

BIBLIOGRAFIA

BONILLA, Daniel. “Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano”, en AAVV, Los Derechos Fundamentales, Colección SELA 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

CARRASCO, Morita, ZIMERMAN, Silvina. El Caso Lhaka Honhat, IWGIA 1, 2006, disponible en www.iidh.ed.cr/comunidades/.../caso%20lhaka%20honhat,%20arg.pdf.

CDESC. “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)” (U.N. Doc. E/C.12/1999/5), Observación general N° 12, 20° período de sesiones, 1999.

CDESC. “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos” (E/1999/22), Observación general N° 7, 16° período de sesiones, 1997, anexo IV.

CIDH. “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09), 2009.

CIDH. “Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” (OEA/Ser.L/V/II.110), 2001.

CIDH. “Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito” (OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3), 29 noviembre 1983.

CIDH. “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas” (OEA/Ser.L/VII.108), 2000.

CIDH. “Medidas cautelares otorgadas a favor de Comunidades Indígenas Mayas (Belice)”, 2000.

CIDH. “Medidas cautelares otorgadas a favor de De Vereninig van Saramakaanse (Suriname)”, 2002

CIDH. “Medidas cautelares otorgadas a favor de la Comunidad Indígena de Awás Tingni (Nicaragua)”, 1997.

CIDH. “Medidas cautelares otorgadas a favor de la Comunidad Indígena Qom Navogoh ‘La Primavera’ (Argentina)”, 2011

CIDH. “Medidas cautelares otorgadas a favor de los Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche (Argentina)”, 2011.

CIDH. “Medidas cautelares otorgadas a favor del Pueblo indígena Kankuamo (Colombia)”, 2003.

Corte IDH. “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146.

Corte IDH. “Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, No. 214.

Corte IDH. “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125.

Corte IDH. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

Corte IDH. “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124.

Corte IDH. “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172.

Corte IDH. “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C, No. 245.

Corte IDH. “Caso Yatama Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.

CSJN. “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo”, sentencia del 30 de septiembre de 2009.

CSJN. “Confederación indígena neuquina c. Provincia de Neuquén” s/acción de inconstitucionalidad, 14 de diciembre de 2013.

Decreto 1.745. “Derecho de propiedad colectiva a comunidades negras”, Santafé de Bogotá D.C., 12 de octubre de 1995.

Decreto 22/91. “Dispõe sobre o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências”, Brasília, 4 de febrero de 1991.

Decreto 82-2004. “Ley de Propiedad”, Tegucigalpa, 28 de mayo de 2004.

Decreto Supremo 29.354. “Establecer la existencia de la causal de expropiación por utilidad pública de reagrupamiento y redistribución de la tierra...”, La Paz, 28 de Noviembre de 2007.

Ley 1.372/88. “Que establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas”, Asunción, 19 de diciembre de 1988.

Ley 19.253. “Ley indígena”, Nueva Imperial, 5 de octubre de 1993.

Ley 445. “Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz”, Managua, 22 de enero de 2003

Ley 6.172. “Ley indígena”, San José, 29 de noviembre de 1977.

Ley 72. “Que establece el procedimiento especial para la adjudicación de la propiedad colectiva de tierra de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas”, Panamá 23 de diciembre de 2008.

Ley 904/81. “Estatuto de las Comunidades Indígenas”, Asunción, 18 de Diciembre de 1981.

“Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas” (Gaceta Oficial n° 37.188), Caracas, 21 de diciembre de 2000.

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. “Ley Orgánica de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela” (Gaceta Oficial n° 38.344), Caracas, 27 de diciembre de 2005.

OIT. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, No. 169, 1989.

ONU. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295), 2007.

ONU. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993)), 1992.

Resolución C.D.-IP No. 003-2010 “Reglamento de la Ley de Propiedad”, Tegucigalpa, 7 de mayo de 2011.

HACIA LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN RIO NEGRO

Fernando Kosovsky²¹⁷

1. PRESENTACIÓN

Hace unos 10 años, poco tiempo después de haber creado el Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra –GAJAT–, fui convocado por el Consejo Asesor Indígena (CAI), organización de base del Pueblo Mapuche, para asesorar las causas penales seguidas contra miembros del Lof Casiano-Epugmer y patrocinar la demanda en la que, por primera vez²¹⁸, una comunidad Mapuche de esta organización recurría a la estrategia jurídica para reclamarle al estado de la Provincia de Río Negro la efectividad de los derechos territoriales que éste le había reconocido en la Ley integral del indígena rionegrino N° 2287²¹⁹.

A partir de entonces intervine en muchos otros casos en todas las instancias y fueros como abogado de comunidades Mapuche –organizadas o no en el CAI– siempre con el horizonte puesto en concretar la propiedad comunitaria indígena (PCI).

Desde esa perspectiva este artículo concitará el interés de quienes deseen conocer una experiencia de implementación de la PCI, a través de una recorrida sobre su

²¹⁷ Abogado UBA. Miembro Fundador e integrante del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT) y de la AADI. Editor de la página www.derechosindigenas.org.ar. Patrocina organizaciones de base territorial en la Provincia de Río Negro y Chubut. Publicó diversos artículos sobre acceso a la tierra y derechos de los pueblos indígenas.

²¹⁸ Hasta entonces la estrategia legal había consistido en invocar los derechos indígenas en la defensa territorial, o sea, cuando los indígenas eran demandados por el estado y/o por particulares. El ejemplo más destacado de esa primer etapa “defensiva” fue la sentencia dictada el 12 de agosto de 2004, en el caso “SEDE, ALFREDO Y OTROS C/ VILA, HERMINIA Y OTRO S/ DESALOJO Expte. N° 14012-238-99 del Dr. Emilio Riat entonces a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 5 de la IIIa Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, confirmada, por los mismos fundamentos, por la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA de la IIIa. Circunscripción Judicial expte. N° 13100-016-05 (Reg. Cám.), Edgardo J. Camperi, Luis M. Escardó y Horacio Carlos Osorio, por interlocutoria del 16-11-2006. El caso Casiano-Epugmer iniciado en el año 2001, marcó un hito pues los indígenas asumieron su lugar como legitimados activos de los derechos territoriales como peticionarios en la vía administrativa y de parte actora en la judicial.

²¹⁹ Sancionada el 15/12/1988 –Promulgada por Decreto N° 2924/1988 del 22/12/1988– Publicada en Boletín Oficial N° 2628 del 02/01/1989 en pag. 1 a 3.

funcionamiento –o más bien, de su disfuncionamiento– en la realidad provincia de la Río Negro. Mi particular interés por compartir esta experiencia es exhibir la “brecha de implementación” para pensar los dispositivos y las políticas que sirvan de puentes para superar esos obstáculos. Esta provincia argentina es pionera en el reconocimiento de estos derechos indígenas, lo que ha incentivado múltiples reclamos hacia el estado que en la práctica los desconoce sistemáticamente. La razón de ser de este trabajo es el convencimiento de que ese desconocimiento puede y debe ser modificado para colocar a la Provincia a la altura de los compromisos estatales en materia de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

Para comenzar, resumiré el desarrollo normativo a nivel nacional y provincial de la propiedad comunitaria indígena (PCI) desde el año 1983 hasta a la actualidad.

En segundo lugar, analizaré la ley 2287, puesta hoy a la luz del “bloque de constitucionalidad” conformado en 1994²²⁰. Nos interesa sobremanera esta norma aun en vigencia. Si bien varias de sus términos y disposiciones quedaron “antiguas”, pues devinieron inconstitucionales a la luz de las normas constitucionales y supranacionales posteriores (las que iré señalando), lo cierto es que la “22-87” –así la llaman los Mapuche–, mantiene una enorme vigencia política dado que fue concebida desde un pensamiento liberador y emancipatorio. La ley integral del indígena rionegrino representa un quiebre paradigmático en el sistema jurídico argentino por ser la primera norma que receptó los principios de autonomía e igualdad real²²¹, porque instauró el derecho a la restitución integral de los territorios indígenas²²² imponiéndole al estado el deber de buscar verdad histórica sobre los despojos consagrándolo como un Derecho específico de los indígenas y estableció la obligación estatal de accionar para hacer efectiva la restitución.

En tercer lugar, explicaré cómo la falta de realización práctica en políticas de estado de la ley 2287 puso a los Mapuche frente a la necesidad de llevar sus demandas a los Tribunales rionegrinos. A pesar de que en el año 2005 el Superior Tribunal de Justicia fijó las obligaciones del estado frente al Pueblo Mapuche en el caso “CODECI”, veremos cómo diversos factores han impedido, demorado y obstaculizado su concreción. Identificaré esos los factores y expondré las agencias estatales que han conspirado en contra de esta concreción pues nos permitirá reflexionar sobre los dispositivos y prácticas necesarios para prevenirlos y no reeditar fracasos e ir superando los aspectos pendientes que fuimos exponiendo en la última visita al Relator de las Naciones Unidas²²³.

En cuarto lugar, presentaré la evolución jurisprudencial lograda por las organizaciones Mapuche autónomas e independientes que reclamaron la vigencia de los derechos de ocupación tradicional en sede administrativa y judicial, desde el caso “*Lof Casiano-*

²²⁰ Ver en este libro los trabajos de Silvina RAMIREZ, Silvina ZIMERMANN, especialmente la nota N° 3 del trabajo de María Micaela GOMIZ, “*El derecho constitucional de propiedad comunitaria indígena en la jurisprudencia argentina*”, que menciona la propuesta interpretativa del Derecho indígena integradora a partir del derecho internacional de SALGADO, Juan Manuel, “*El rol del derecho internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Nacional*” en GARCIA, Julio (Coordinador); *Derecho Constitucional Indígena*, ConTexto Libros, Resistencia. 2012, pág. 267

²²¹ Artículo 5 inc. b Convenio 169 OIT, artículos 2 a 4 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas

²²² Incorporados en los artículos 16 a 18 del Convenio 169 de la OIT y 26 a 28 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas.

²²³ ASOCIACION DE ABOGADOS DE DERECHO INDIGENA y otras organizaciones. *Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina: la agenda pendiente para el relator de pueblos indígenas James Anaya*. Diciembre 2011

En Centro de Documentación <http://www.derechosindigenas.org.ar/>

Epugmer”, hasta los actuales “*Consejo Asesor Indígena*” y “*Comunidad Mapuche Las Huaytekas*”, para evidenciar los avances y la aplicación del Derecho Indígena que permitió ir franqueando los obstáculos hacia la efectividad de los derechos territoriales.

En la última parte, realizaré un comentario crítico acerca de los aspectos salientes del Proyecto de regulación de la PCI presentado en el año 2013 en la Legislatura provincial, a la luz de las experiencias y problemas de implementación advertidos en la primera etapa. Concita nuestro interés dado que este proyecto reconocer haberse basado en gran en el proyecto que circula a nivel nacional.

Finalmente, a modo de conclusión plantearé la necesidad de un derecho procesal que incluya al derecho indígena para reglamentar adecuadamente la implementación de la PCI.

2. CONTEXTO DEL DERECHO INDÍGENA EN RIO NEGRO 1983-1988.

Comprender el debate actual sobre la PCI en la Provincia de Río Negro nos exige situarnos históricamente en el desarrollo del Derecho Indígena en esta jurisdicción, que es parte del territorio del Pueblo Mapuche que habita la República Argentina.

Desde el retorno de la Democracia en el año 1983, la ley nacional N° 23.302 (B.O.: 12/11/1985) de “Política indígena y apoyo a las comunidades indígenas” y el Convenio 107 de la OIT fueron las primeras normas federales en materia indígena.

Sancionada bajo la lógica de la integración y de la asimilación, estas normas regulaban el acceso a la tierra a los indígenas ignorando el principio de autonomía, la preexistencia cultural, étnica, política, económica, con una regulación que es incompatible con el principio de igualdad real²²⁴.

La ley N° 23.302 no habla de la PCI sino que fomenta para los indígenas el acceso a la propiedad privada, derecho individual, como “la” condición para su participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, aunque paradójicamente declama que respeta “...*sus propios valores y modalidades*”. Desconozco la existencia de títulos de propiedad privada otorgados a indígenas en Río Negro basados en la aplicación de esta ley que es inconstitucional pues es incompatible con la preservación de la cultura e identidad étnica, fomenta la fragmentación en pequeñas unidades y conspira contra el desarrollo de las autonomías indígenas y el principio de la plurinacionalidad y pluriculturalidad y claramente irrazonable pues le atribuye un derecho individual –la propiedad privada- a un sujeto colectivo –un pueblo o una comunidad-.

Decimos que esta ley es confusa, no solo porque prevé adjudicar las tierras en propiedad privada a las “comunidades indígenas”, sino porque por un lado dice respetar los valores y modalidades territoriales pero por el otro en su art. 9 les impone la finalidad económica que el estado define para las tierras en el art. 10, fulminando así de raíz la libre determinación económica de los pueblos. En este aspecto, se pueden resumir tres falencias destacables en la ley N° 23.302:

²²⁴ Ver el análisis de los problemas normativos e institucionales de la ley 23.302 en GOMIZ, María Micaela y SALGADO, Juan Manuel. *CONVENIO 169 DE LA O.I.T. SOBRE PUEBLOS INDIGENAS. Su aplicación en el derecho interno argentino..* ODHPI. 2ª Ed. Neuquén. 2010. P. 333 y ss

- 1) Prescinde de reconocer a las culturas indígenas como preexistentes al estado y como categorías esenciales que distinguen a colectivos humanos;
- 2) Ignora al “Pueblo” indígena como el sujeto de Derecho, el colectivo titular de las acciones que habilitan reclamar este derecho. Por esta misma razón, omite la categoría de “territorio”;
- 3) Selecciona a los representantes de cada pueblo según criterios e intereses ajenos a los mismos.

En resumen, la imposición del destino de las tierras anula el principio fundamental de la libre determinación que es la base de todo el Derecho de los Pueblos Indígenas.

Este primer reconocimiento legal estatal de los derechos indígenas realizado por la República Argentina desde el regreso de la Democracia es tributario del principio de igualdad ficto sin basamento en el principio de igualdad real. Por tal motivo, el Capítulo “IV de la adjudicación de las tierras”, impone a los indígenas ciertas condiciones para acceder a la propiedad, que son requisitos ajenos a sus “valores y modalidades” tales como conformar “comunidades” con un mínimo de familias y la de estar “debidamente inscriptas” (artículo 7). Estas condiciones son controladas y en definitiva resueltas por funcionarios del estado ajenos a esos pueblos que ignoran las modalidades y formas culturales propias de cada pueblo. Violencia explícita contra el principio de auto identificación que es la primera manifestación del principio de libre determinación de los pueblos.

La falta de voluntad política estatal se traduce en el incumplimiento de una de las misiones fundamentales del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas –INAI– autoridad de aplicación de la ley, que nunca desarrolló planes para la entrega de títulos definitivos “a quienes los tengan precarios o provisorios...”. La ley 23.302 estableció que el INAI debía realizar “*sin demora la adjudicación a los beneficiarios de tierras fiscales de propiedad de la Nación*”.

En Río Negro, este incumplimiento del INAI se combinó con el impulso de juicios de desalojo por parte del estado nacional que los sucesivos gobiernos impulsaron en contra de las familias del Pueblo Mapuche asentadas en tierras dominialmente registradas a nombre del Estado Nacional –asignadas a Parques Nacionales o al Ejército Argentino–. En lugar de recibir “el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos” que ordena el artículo 8 de la ley 23.302, recibieron del estado nacional demandas por desalojo, acciones posesorias y reivindicatorias²²⁵, situación que comenzó

²²⁵ Autos “Estado Nacional c/ Báez, José B. y otros s desalojo”, Expte 6103-05. Secretaría Civil N° 2 del Juzgado Federal de S.C. de Bariloche. En el Expediente INAI N° 40-00274/2000 se relata cómo en el año 1967 el Ejército inicia el desalojo contra estas familias Mapuche. Luego en los años 1971, 1977, 1979, 1983, 1986, 1987, 1995 se reeditan los juicios y denuncias de desalojo y usurpación. El 30 de noviembre de 1995 el Estado Nacional – Ejército Argentino promovió el juicio de desalojo que tramitó ante el Juzgado Federal de 1ª Instancia cito en S.C. de Bariloche (Expte N° 4787/95) “estado Nacional – Ejército Argentino c. Gualmes, Clorinda y/u otros” por desalojo”. En total indefensión de las Comunidades Mapuche, el juez ordenó el desahucio el 17 de diciembre de 1997. Los abogados de entonces renunciaron y no interpusieron a tiempo los recursos, quedando firme y consentida la sentencia en febrero del año 2000. Paralelamente, el 20 de febrero de 2001, las Comunidades se presentaron ante Sr. Presidente de la Nación Argentina, titular del Poder Ejecutivo Nacional, solicitando el reconocimiento del territorio comunitario, interponiendo la nulidad y solicitando la suspensión de los procesos de desalojo por violación a garantías de defensa en juicio y diversas omisiones del estado y requiriendo la restitución integral del territorio que tramita por Expte N° 26.541-01-1-8 (fs. 7 a 46). A más de 10 años, este planteo no ha sido respondido, violando claramente el plazo razonable para ello.

a revertirse desde la entrada en vigencia de la ley 26.160 pero que, como veremos, aun está lejos de solucionarse.

La previsión del artículo 11 de la citada ley nacional devino inconstitucional no sólo por la limitación temporal de la protección de las tierras sino, fundamentalmente, para esta norma sobre las tierras ocupadas por los indígenas la propiedad corresponde al estado. Nótese que, a diferencia del artículo 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación que reconoce la propiedad indígena sobre las tierras, la ley 23.302 las adjudica, imponiendo a los indígenas una chorrera de obligaciones en sus artículos 12 y 13 relativas a la permanencia y transferencia de las tierras, todo lo cual devino inconstitucional.

En este contexto, mientras tanto, en la Provincia de Río Negro, el movimiento Mapuche impulsaba demandas que culminarían siendo institucionalizadas en el año 1988 con la sanción de la ley N° 2287.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA LEY N° 2287 INTEGRAL DEL INDÍGENA

A pesar de haber nacido y crecido rodeados del sufrimiento y de la discriminación a su gente, muchos referentes del Pueblo Mapuche nunca dejaron de luchar por su identidad y por la recuperación de esa identidad en su gente. Hermenegildo “Chacho” Liempe es uno de ellos. Sus testimonios²²⁶ –junto con los discursos de los congresales del debate legislativo– nos ayudan comprender el “espíritu” de la ley integral del indígena.

El germen de la ley surge a partir del año 1984 cuando los pobladores rurales de toda la Provincia comienzan a reunirse para organizarse frente a las terribles condiciones económicas. Allí, algunos referentes comienzan a plantear la necesidad de profundizar en las causas de esa situación: el genocidio estatal que configuró los despojos territoriales, el desconocimiento de la identidad, el carácter colectivo del reclamo territorial y la falta de respeto por la diferencia cultural. Cuenta Liempe que:

“...empezó a fortalecerse la búsqueda de la identidad como Pueblo. Se conformaron grupos en 70, 80 Parajes de la provincia que se organizaban para la defensa de su producción y siempre en las reuniones el tema que sale era el de las tierras, los abusos más que nada de comerciantes, con el beneplácito del estado. Ya en el año 1985 la provincia propone legislar. Los legisladores habían convocado solo a 10 personas Mapuche, pero casi todos eran allegados a su partido. Fueron en comisión a Ing. Jacobacci. Difunden por radio nacional y en ese momento ese grupo se llamaba Consejo Asesor Aborígen...nos veníamos juntando en distintos lugares, nos conocíamos pero nunca habíamos estado agrupados en el mismo lugar..., nos afectaba. Aparecimos como 200 paisanos. Gente joven y anciana. Consideramos un hecho histórico porque era la primera vez que nosotros íbamos a estar enfrente al estado y podíamos decir lo que pensábamos. En este momento estuvo bien definido que de un lado de la mesa estaba el estado y del otro estábamos nosotros. Cuando empezamos a hablar nos ayudábamos entre los mapuche. ...Después que nos juntábamos con la Provincia, hacíamos Trawn –asamblea–, nos preparábamos para hablar. Empezamos a ver la importancia que tenía la organización. Nos llevaba a estudiar muchísimo, ...llegamos casi a una situación de conflicto con la Provincia, el estado nos exige ordenarnos más

²²⁶ Extractos del testimonio brindado por “Chacho” Liempe el 29-8-2014 en autos “CONSEJO ASESOR INDIGENA (C.A.I.) C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (00345-039-09)” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de S.C. de Bariloche.

para responder a la agilidad que tenían los encuentros. Casi nadie tenía estudios. La tarea era traducir el idioma porque el español para la gente del campo, cuando se habla técnicamente es como otro idioma y teníamos que traducir a la forma que se habla en el campo. Era la primera vez después de la guerra que teníamos nuestro espacio propio. Por eso que queremos tanto al CAI. Pedimos que se cambie el nombre a Consejo Asesor Indígena”.

“...Cuando llegamos a la discusión con el estado, uno de los principales puntos era que se investigue porque era fácil demostrar que los Mapuche habían sido estafados, alambrados, con el consentimiento muchas veces de la Dirección de Tierras (así)... nace el CAI, con participación de gente Mapuche de toda la provincia. San Antonio Oeste, Villa Llanquín, Valcheta, Somuncura. Después nacieron grupos en las ciudades.

El CAI tenía que darse el proceso de elección de los representantes ante el CODECI. “En nuestro desconocimiento, pensábamos que para que se aplique una ley, tenía que estar en funcionamiento, por eso exigimos que ponga en funcionamiento... mucho después nos enteramos, nos dice un abogado, el Dr. Falaschi, que aunque la institución no estaba como la ley ya estaba vigente, igual se le podía exigir al estado que la aplique”²²⁷. “...hicimos todo el esfuerzo para que el estado provincial ponga en funcionamiento esa institución”.

Sobre el proceso de recuperación de la identidad, explica Liempe que: “Antes del 83, no había mucha conciencia, había mucha resistencia en reconocerse Mapuche. Nosotros lo entendemos porque sabemos lo que es sufrir la discriminación. Además desde el estado, en las escuelas y otras instituciones, se encargaron de generar en la sociedad una situación completamente negativa: los indios somos los vagos, los ladrones, los feos, los negros... entonces quién va a querer ser de ese sector? Cuando empezamos a organizarnos, comenzamos a vernos en los diarios, discutiendo con legisladores, así nos vieron la gente empezó a revalorizarnos. Lo pudimos demostrar porque con la falta de conocimiento académico, igual pudimos discutir con gente de alto estudio a la que le teníamos miedo. Hablábamos con los gobernadores y transpirábamos. Fue todo ese crecimiento que hoy la gente con más tranquilidad muestra su identidad”.

Como resultado de un proceso de casi 3 años de movilizaciones y discusiones con el estado, el Pueblo Mapuche logró que se sancionase en la ley N° 2887 expresando que su propósito es la reparación histórica al Pueblo Mapuche²²⁸.

Este propósito, según veremos al analizar a continuación lo esencial de su texto, se plasmó en un sistema de reconocimiento estatal de la tierra y del territorio del Pueblo Mapuche superador del paradigma de la integración y asimilación que regía entonces en la ley N° 23.302 y en cuya vigencia al momento de la sanción de la norma rionegrina explica algunos de sus conceptos tomados de aquella que, justamente por corresponder a

²²⁷ La ley 2287 entró en vigencia en el año 1990. El CODECI fue creado por el decreto 310/98, puesto en funcionamiento meses más tarde.

²²⁸ En el debate parlamentario de la Ley N° 2287 el Legislador ERNESTO EPIFANIO dijo, “...vino a incorporar al derecho positivo rionegrino la solución integral a la denominada “cuestión indígena” ...con la participación activa de los representantes de la comunidad indígena...”. El Legislador ESTEBAN RODRIGO: “...es una **deuda histórica**...que no va a terminar con la sanción de esta ley...”. El Legislador JORGE DOUGLAS PRICE: “...es, dentro del Derecho Comparado Argentino, sin lugar a dudas, la más progresista...estas discusiones hechas de la mejor buena fe y con la participación de todos los sectores en un diálogo auténticamente integrativo, ha permitido que diseñáramos un texto conciliado que va a ponernos por fin en marcha en la tarea de una **reparación histórica**...”.

un paradigma de opresión y sometimiento de los pueblos indígenas, hoy evidentemente inconstitucional, deberán derogarse y actualizarse.

4. PRINCIPIOS, SUJETOS, AUTORIDADES Y REGULACIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN LA LEY N° 2287

4.1. Principios

Las claves fundamentales de la ley 2287 están en los principios de libre determinación del Pueblo Mapuche, en su preexistencia al estado, en la autonomía de sus organizaciones y comunidades, el de la igualdad real y la no discriminación.

Esos principios están contenidos en sus artículos 1 a 4.

El art. 1 reconoce la coexistencia individual y colectiva de los Sujetos de Derecho, garantizándoles su institucionalidad como tales.

*“Esta Ley tiene por objeto el tratamiento integral de la situación jurídica, económica y social, individual y colectiva de la población indígena, reconocer y garantizar la existencia institucional de las **comunidades** y sus **organizaciones**, así como el derecho a la autodeterminación dentro del marco constitucional, implicando un **real respeto por sus tradiciones, creencias y actuales formas de vida**”.* (el destacado me pertenece)

Estos principios consagran el derecho a la diferencia. Esta concepción del derecho a la igualdad ya regía en Argentina que había ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al mismo tiempo, la Nación había ratificado los Pactos de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y Económicos Sociales y Culturales, por entonces, con jerarquía suprallegal y que desde el año 1994 son parte del bloque de constitucionalidad²²⁹ que consagran el principio de la libre determinación de los pueblos.

La ley es clara al establecer la autonomía como un Derecho del Pueblo y que ello implica la garantía del “...*real respeto por sus tradiciones, creencias y actuales formas de vida*”.

El estado se obliga a respetar la cultura indígena preexistente; dada esa diferencia cultural, el estado debe dar un trato diferencial, instrumentar trámites adecuados, so pena de incumplir el principio fundamental de la igualdad real ante la ley –por oposición a la igualdad formal-. Se incorporaban múltiples derivaciones de este principio, como los principios de no discriminación negativa, la obligatoriedad de medidas de acción positiva, el derecho de distinción étnica y cultural, entre muchos otros cuyo desarrollo exceden la propuesta de este trabajo, pero que han sido desarrollados extensamente por numerosos autores, en particular desde la vigencia de la Declaración de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas que, casi 20 años más tarde, refuerza el sentido de los términos de la ley 2287²³⁰.

²²⁹ Ver la nota al pie 220.

²³⁰ Sobre este principio y el derecho a la diferencia en relación al Derecho indígena recomiendo leer los votos de los Dres. Lutz y Soderer Nievas en el caso “CODECI”. Sugiero ver sobre igualdad, en función de la identidad cultural y el reconocimiento el trabajo de TAYLOR, Charles, El Multiculturalismo y 'La Política del Reconocimiento, México, FCE, 1993. En este libro, SALGADO, Juan

4.2. Sujetos

Los artículos 1 y 2 de la ley permiten definir al nuevo Sujeto de Derecho: Mapuche, “Mapu” (Tierra) “Che” (Gente), es decir, la gente de la tierra.

La ley incluye a todos los habitantes de la Provincia que se auto identifiquen como tales y que conserven total o parcialmente las formas de vida, costumbres y tradiciones de este Pueblo. Se establecen tres niveles en los que el “che” se agrupa en su relación con la Mapu. Las personas, las comunidades y las organizaciones.

El artículo 2 de la ley establece cómo se define el Mapuche:

“independientemente de su lugar de residencia habitual se defina como tal, y sea reconocido por la familia, asentamiento o comunidad a que pertenezca en virtud de los mecanismos que el pueblo mapuche instrumente para su reconocimiento”.

Esta definición es coherente con el principio de libre determinación política de los Pueblos cuya primera derivación en materia de derechos de los pueblos indígenas es el principio de libre determinación de la identidad. La validación de la identidad de sus miembros sólo puede ejercitarla el Pueblo por medio de la *“familia, asentamiento o comunidad a que pertenezca”*. La ley es muy clara en cuanto a que es el mismo sujeto Mapuche –en esos tres niveles- quien realiza el reconocimiento. Un aspecto subjetivo, o sea, la propia voluntad de definirse como parte del Pueblo y la cultura Mapuche confluye con el aspecto objetivo, o sea, la voluntad del Pueblo Mapuche de reconocerlo como tal aceptando. La autoidentificación combina ambos aspectos.

Además, la ley le garantiza al Pueblo Mapuche que *los mecanismos para su reconocimiento* sólo pueden ser establecidos por éste. Advertimos entonces como primera derivación del principio de autonomía dos facultades exclusivas y excluyentes de la intervención del gobierno que el estado debe garantizar y respetar. La facultad de mantener o instaurar *sus mecanismos de reconocimiento* y el *ejercicio* exclusivos de esos mecanismos. El principio de la auto identificación implica que está prohibido al estado arrogarse o inmiscuirse en esta función y, en especial, ejercitarla por o sustituyendo los mecanismos del Pueblo.

El término “Comunidad” es una categoría genérica del Derecho indígena para referirse a grupos humanos dentro de un Pueblo. En la ley 2287, el artículo 3 enuncia una noción de “comunidad indígena” que debe interpretarse en forma amplia y entenderse una descripción meramente orientativa²³¹ para evitar la contradicción con el principio de libre determinación de la identidad colectiva.

Manuel, *Tierras y territorios indígenas*. P. 6 “...la Declaración apunta al centro del derecho de los pueblos indígenas; su derecho a la existencia diferenciada...”. Ver también GARCIA VERITA, Gonzalo, *La propiedad comunitaria indígena desde el derecho a la igualdad*. P. 89. RODRIGUEZ DUCH, Darío, *Apuntes sobre propiedad comunitaria indígena*. P. 52 y ss. Ver además el comentario de GOMIZ, María Micaela y SALGADO, Juan Manuel. CONVENIO 169 DE LA O.I.T. SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS. Su aplicación en el derecho interno argentino. ODHPI. 2ª Ed. Neuquén. 2010. P. 34 y 48, 68 y ss. donde se destaca la diferencia entre el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas en el modo de colocar la autonomía como la contracara del principio de igualdad real.

²³¹ Art. 3 Ley 2287 “...conjunto de familias que se reconozca como tal con identidad, cultura y organización social propia; conserven normas y valores de su tradición; hablen o hayan hablado una lengua autóctona; convivan en un hábitat común, en asentamientos nucleados o dispersos; o a las familias indígenas que se reagrupen en comunidades de las mismas características para acogerse a los beneficios de esta Ley”.

Advertimos esto frente a la gravitación de funcionarios estatales que constantemente busca definir categorías ajenas a los pueblos indígenas con las que los clasifican, delimitan y las utilizan para excluirlos de la aplicación de las leyes indígenas o limitar indebidamente sus derechos²³².

Teniendo en cuenta que los Mapuche fueron víctimas de crímenes contra la humanidad, genocidio²³³, de discriminación, desmembramiento y dispersión de familias, con políticas deliberadas para la eliminación de su cultura por parte del estado argentino²³⁴ que es continuado por la provincia de Río Negro²³⁵; que padecieron el desprecio social que relató Liempe por el hecho de practicar esa cultura, resultaba absurdo, cruel e inhumano que la ley, concebida justamente para reparar estas circunstancias históricas, exigiera al sujeto Mapuche como requisito para ser reconocido como tal conservar el idioma (incluyendo sus nombres) o las ceremonias, cuando ello le era prohibido por el estado como práctica de civilizatoria. Si los Mapuche no tienen todas o parte de sus costumbres es porque las perdieron en contra de su voluntad en un proceso de eliminación física y psíquica con una dispersión planificada e impulsada por el propio estado. Este proceso de sometimiento corrió en simultáneo a su incorporación como mano de obra esclava, su encierro en campos de concentración, el intento de borramiento de su identidad y la distribución forzada de sus miembros.

Con el advenimiento de los Derechos Humanos, historiadores y antropólogos, revisan esos acontecimientos para dar “...cuenta del genocidio indígena, exponen los silencios historiográficos, reflejan la repercusión en la prensa y los debates parlamentarios de la época...”, exponen la existencia de un campo de concentración en la isla Martín García desde donde el estado argentino había montado un sistema de reclusión y distribución de los Mapuche, destruyendo sus familias, a servir los pedidos de los políticos, empresarios y otros personajes poderosos²³⁶.

Siendo esa la causa histórica, resultaría una abominable injusticia que se les exija como un requisito obligatorio haber conservado la totalidad de sus costumbres. Teniendo en cuenta este espíritu de reparación histórica de esa dispersión forzada la parte final del artículo 3 de la ley establece un criterio amplio según el cual considera comunidades a las familias “...de las mismas características” que “...se reagrupen...”.

Una diferencia muy importante de la ley 2287 con respecto de la ley 23.302 es que no se fija un número mínimo de familias para considerar a un grupo “comunidad”.

²³² Sentencia caso... que determinó que ... no es Mapuche porque su apellido es de origen español. 2015.

²³³ En el año 2014, el estado rionegrino ha reconocido el genocidio Mapuche por medio de la Legislatura de Río Negro. “CAPÍTULO 1. Marco histórico. Las (des) territorializaciones estatales en lo que hoy es la Provincia de Río Negro”, elaborado por Walter Delrio, Cecilia Palma y Pilar Pérez. Informe Preliminar de la Comisión de la Ley 4744 presentado ante la Legislatura de Río Negro en diciembre de 2014. <http://www.legisrn.gov.ar/lrn/wp-content/uploads/2015/03/infierras.pdf>. Delrio, Walter, Diana Lenton, Marcelo Musante, Mariano Nagy, Papazian Alexis y Pilar Pérez (2010) “Discussing Indigenous Genocide in Argentina: Past, Present, and Consequences of Argentinean State Policies toward Native Peoples”. Genocide Studies and Prevention, Vol 5:2, 138-159, University of Toronto Press, Toronto

²³⁴ DELRIO Walter, Memorias de Expropiación. UNQuilmes. 2005.

²³⁵ CAÑUQUEO, Lorena, KROPFF, Laura, RODRIGUEZ, Mariela, VIVALDI, Ana, Tierras, indios y zonas en la provincia de Río Negro, en “Cartografías Argentinas. Políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad. AA.VV. BRIONES, Claudia, comp.. GEAPRONA. Ed. Antropofagia. 1ª Ed. 1ª reimpresión.2008.

²³⁶ LENTON, Diana, *Historia de la crueldad argentina. Julio A. Roca y el genocidio de los Pueblos Originarios*. Coord. Por BAYER, Osvaldo, Ediciones del Tugurio. Bs. As. 2010.

Se advierte la similitud con el debate en el ámbito internacional se daba en los trabajos sobre el Convenio 169 de la OIT cuyo artículo 1º receiptó estos principios. Esta cuestión es particularmente interesante con relación al siguiente aspecto.

4.3 Registración de la personería jurídica

El Artículo 5 de la ley N° 2287 dispone que:

“Las comunidades indígenas deberán inscribirse en un Registro Especial a crearse²³⁷; los trámites de inscripción se realizarán con la sola presentación de la solicitud por parte del jefe o responsable de la comunidad. Dicha presentación deberá estar avalada por la mayoría de sus miembros y los del Consejo Asesor Indígena, debiendo constar en ella el nombre y el domicilio de la comunidad, miembros que la integran, las pautas de su organización interna y antecedentes que puedan acreditar su existencia en la Provincia”.

Esta norma está claramente inspirada en la ley N° 23.302, que regula la registración en sus arts. 2 a 4 y que en su art. 2, párrafo 2º dispone que *“...La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación”.*

Desde la firma del Convenio 169 de la OIT, o sea, antes de la reforma de la Constitución de 1994, este “deber” de inscripción pasó a ser una facultad, un derecho, siendo la registración optativa. Este es un aspecto fundamental para facilitar o impedir el ejercicio de los derechos territoriales, por ello lo analizaré en detalle al tratar el Proyecto de PCI (2012/3) en Río Negro, donde se exhibe la tensión permanente entre el estado que pretende avanzar sobre la autonomía de los pueblos indígenas²³⁸.

El artículo 5 de la ley le reconoce al CAI la facultad de avalar a las comunidades que deseen registrarse en la Provincia.

4.4. Autoridad de aplicación

El capítulo II de la ley (artículos 6 a 10) regula la autoridad de aplicación de la ley N° 2287. El mismo comienza reconociendo:

“la existencia del Consejo Asesor Indígena, con sede en Ingeniero Jacobacci, compuesto por delegados electos de comunidades indígenas, asociaciones rurales y urbanas de la Provincia de Río Negro, el que actuará en forma conjunta con el Gobierno Provincial, para bregar por la aplicación de la presente ley, sin perjuicio de la autonomía que le corresponde como auténtico órgano representativo de la población indígena rionegrina, debiendo asegurar la libre participación de la misma”.

El artículo 7 crea el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (CODECI)... como Autoridad de Aplicación con carácter consultivo y resolutivo incluyendo entre sus funciones (artículo 9) las de formular y aplicar políticas para el desarrollo integral de las

²³⁷ Artículo 10 de la ley. Bajo Jurisdicción del CODECI se creó el Registro Provincial de Comunidades.

²³⁸ De hecho, tanto en el frustrado Proyecto de Regulación de la Propiedad Comunitaria Indígena en la Reforma del Código Civil y Comercial como en los proyectos que impulsa el INAI para su regulación se mantiene el criterio de la obligatoriedad de registración de la personería jurídica como condición para gozar de la propiedad comunitaria indígena.

comunidades indígenas, ejecutar programas que promuevan el nivel productivo y económico, coordinar con otros organismos nacionales e internacionales públicos y privados, solicitar la adhesión de los Municipios a la presente Ley, a los efectos de que los mismos presten su apoyo y colaboración a las mencionadas comunidades a fin de lograr la plena participación en el desarrollo económico social y cultural de la Provincia, y para bregar por el fiel cumplimiento de los principios consagrados en esta Ley.

Es una gran virtud de la ley 2287 el haber institucionalizado la participación indígena quebrando con ello una de las habituales resistencias de los funcionarios estatales. La ley reconoce al Consejo Asesor Indígena –CAI- como una organización autónoma representativa de la población indígena rionegrina. Al mismo tiempo, crea un organismo estatal –CODECI- de composición mixta indígena y no indígena, para la aplicación de la ley.

Veremos luego cómo esta distinción resultó muy importante para asegurarle capacidad de agencia al Pueblo Mapuche sobre todo cuando se presentaron conflictos de intereses con el poder estatal. Esta diferenciación resultó ser una salvaguarda para permitir el avance de los reclamos al clarificar las funciones: el CAI representa al Pueblo reclamante y participante en las políticas estatales, es una organización de derecho público NO ESTATAL; el CODECI es parte integrante del estado provincial. En su seno se formulan, aplican y ejecutan políticas y programas que deben resolver los reclamos del Pueblo: si bien en su estructura colegiada hay representantes designados por el Pueblo indígena, no por ello pierde su organicidad y naturaleza estatal. Cada una de las partes puede así cumplir sus roles y defender sus intereses que pueden ser coincidentes o antagónicos.

No obstante ello, el CODECI no siempre ha tenido en clara esta diferenciación, intentando asumir en forma promiscua la representación del Pueblo, relegando su función de organismo de aplicación estatal de la ley, y generando la confusión incompatible de ser “juez y parte” al asumir una suerte de rol de “Defensor del Pueblo Indígena”, en una superposición de funciones que deslegitima los procedimientos.

4.5. La propiedad de la tierra

El capítulo III va de los artículos 11 a 23 de la ley 2287 y se titula “de la propiedad de la tierra”. Habiendo sido concebido previo a la reforma de 1994 y a la adopción en el derecho internacional de la “ocupación tradicional”, debemos ser muy cuidadosos al interpretar sus disposiciones.

Estas normas deben armonizarse con las nociones constitucionales y convencionales (artículo 31 CN y artículo 75 inc. 22 CN), pues varios de los conceptos de la ley N° 2287 han quedado desactualizados, devinieron inconstitucionales, correspondiendo su derogación y su actualización para compatibilizarlos con las normas posteriores y jerárquicamente superiores como el art. 75 inc. 17 de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

No obstante ello, vale la pena describir los dispositivos de este capítulo, ya que son el resultado de la activa participación del Pueblo Mapuche en el debate legislativo y

porque se generó una verdadera propuesta sistemática de instrumentación del derecho de propiedad indígena.

Es de gran valor esta instrumentación pues más allá de sus deficiencias, muestra que cuando los pueblos están organizados con objetivos claros son capaces de diseñar e institucionalizar políticas de estado innovadoras que respondan a sus necesidades reales.

4.6. Innovaciones de la ley 2287: reconocimiento e investigación de despojos de la posesión tradicional.

Esta ley fijó por primera vez el reconocimiento de los derechos de posesión tradicional e **institucionalizó un procedimiento de revisión de despojos de las tierras indígenas.**

Receptando una de las demandas indígenas fundamentales, por primera vez en la historia desde el fin de “la guerra contra el indio” (circa 1890-1900) y desde la provincialización (1957), el estado se obligó a investigar los despojos territoriales padecidos por los indígenas.

La ley estableció este **mecanismo especial** que fijó un piso de reconocimiento pues a partir del principio de progresividad y no regresividad que rige en esta materia específica de los Derechos Humanos el estado rionegrino ya no puede derogarlo, sino ampliar y potenciar los estándares de esta norma²³⁹. Como veremos luego, allí está el epicentro de la puja territorial de los Pueblos indígenas, tanto en esta Provincia como en todo el país.

4.7 Propiedad para pobladores y comunidades indígenas

El artículo 11 establece:

“Dispónese la adjudicación en propiedad de la tierra cuya actual posesión detentan los pobladores y/o comunidades indígenas existentes en la Provincia”

Uno de los aspectos relevantes es que reconoce posesión a dos sujetos: pobladores y comunidades. En este sentido, la ley 2287 es más amplia que la Constitución de la Nación. Por otro lado, advertimos las inconsistencias de esta norma de la ley 2287 con el Derecho constitucional vigente desde 1994.

Este artículo hoy debería leerse a la luz de los conceptos de “posesión comunitaria y PCI”, en función de la noción de ocupación tradicional del Convenio 169 de la OIT y del art. 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación.

Los términos “adjudicación” y “actual” del artículo 11 de la ley N° 2287, sancionada en diciembre de 1988, nacieron siendo inconstitucionales, pues contradicen el artículo 42 de la Constitución provincial que había sido modificada en junio del mismo año²⁴⁰. El

²³⁹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, en ABREGÚ, MARTÍN – COURTIS, CHRISTIAN (compiladores), “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

²⁴⁰ Texto de la reforma registrada el 8-6-1988. Artículo 42. *El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes.*

artículo 42 constitucional reconoce al Mapuche, a su cultura preexistente promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee. A partir del reconocimiento de la preexistencia y el reconocimiento constitucional, es un contrasentido realizar adjudicación de algo que el constituyente le reconoció como propio y se obligó a promover (delimitar, mensurar y registrar gratuitamente).

Diferente es la situación para las “Otras tierras aptas y suficientes” reguladas en los artículos 15 a 17 de la ley N° 2287, las que el estado se obliga a proveer y a adjudicar.

Para las tierras ocupadas por los indígenas, basta con reconocer el hecho de la posesión indígena. Nadie, ni el estado, puede “adjudicar” algo que constitucionalmente no le corresponde. Otra cosa distinta es “promover”, “regularizar”, “delimitar”, “transferir el dominio” pero siempre basándose en que el antecedente de hecho de la propiedad que ya fue reconocida por el constituyente.

4.8 La ocupación tradicional y reparación histórica

Es importante diferenciar la ocupación tradicional como realidad jurídica presumida como existente de la necesidad de instrumentarla. La ocupación tradicional o sus sinónimos “posesión tradicional” o “posesión indígena” es causa fuente del derecho. ¿Cuál sería sino la reparación histórica? La Jurisprudencia provincial ha puntualizado esta diferencia explicitando la finalidad de la reparación histórica como dirimente del contenido y alcance de la ocupación tradicional.

“La "ocupación tradicional" siempre subsistente ...es el dato clave para reconocer la posesión y propiedad comunitarias. La subsistencia de ese vínculo complejo y holístico...constituye una presunción jurídica de la norma constitucional, la que evidentemente procura una reparación histórica. La comunidad podrá haber perdido el elemento material, pero la ocupación tradicional debe reputarse siempre subsistente. Sin esa presunción, todo quedaría en letra muerta. Resultaría irónico exigir que la comunidad haya resistido heroica, milagrosa y materialmente instalada en la mismísima tierra a pesar de la conquista -casi siempre violenta-, la colonia, la inmigración, la afectación al patrimonio del Estado, el poder económico y la entrega en propiedad privada a personas extrañas (con el consiguiente derecho a la posesión civil excluyente: artículo 2513 del Código Civil)”²⁴¹.

Que la ocupación tradicional no hay sido oportuna y debidamente inscrita en los registros públicos de la propiedad ya creados o en registros especiales a crearse, a fin de facilitar frente a terceros la prueba de la propiedad comunitaria, garantizando así el efectivo respeto, protección y realización del reconocimiento constitucional, no le quita ningún valor. Por el contrario, su fuerza jurídica constitucional habilita a demandar a los estados que omitan delimitarla, demarcarla, titularla y registrarla en plazos razonables.

Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse.

²⁴¹ “CHECHILE, ROBERTO C/ MARIN, CRISTINA BEATRIZ Y OTROS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR (Sumarísimo)”, expediente 00312-14 (registro de Cámara), CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro (S.C. de Bariloche), Voto del Dr. Emilio Riat. Adhesión Dr. Edgardo Camperi. Dr. Carlos Cuellar en Disid. Interloc. 5-11-2014

Como parámetro de razonabilidad, el artículo 21 de la Constitución Provincial (allá por el año 1988) fijó un plazo de 6 años para regularizar todas las tierras rurales de la provincia, disponiendo en el último párrafo que *“Se priorizará la titularización de las tierras ocupadas por los indígenas, comunidades o familias que las trabajan, sin perjuicio de las nuevas extensiones que se les asignen”*.

Este plazo no se ha cumplido, generando no sólo violaciones al derecho de propiedad comunitaria indígena sino un enorme daño social²⁴².

Otro aspecto importante para determinar el alcance material de la ocupación tradicional es que no puede limitarse temporalmente por el hecho de que ella no esté siendo materialmente ejercida en el presente. Efectivamente, tal como lo expliqué en otro trabajo referido a la ley N° 26.160, a la luz de la normativa constitucional y suprallegal vigente, es redundante y debería eliminarse el término “actual”²⁴³ como adjetivo de la posesión indígena en la ley 2287, pues solo agrega confusión.

La ocupación tradicional debe ser delimitada (relevada en los términos de la ley N° 26.160) y reconocida como propiedad comunitaria indígena más allá de si la posesión comunitaria pueda estar o no siendo efectivamente ejercida. La preexistencia indígena implica necesariamente ocupación tradicional. A continuación destaco cómo esta interpretación fue receptada en un fallo reciente:

“5º) Que las tierras de este caso se encuentran comprendidas en la ocupación tradicional de aquella comunidad, la que por lo tanto tiene derecho al reconocimiento de la posesión y propiedad comunitarias (artículo 75 –inciso 17– de la CN, y 14 –inciso 1– del Convenio 169).

La Constitución Nacional reconoce: a) la preexistencia de los pueblos indígenas (primer párrafo del inciso 17); y b) “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” (primer párrafo del inciso 17).

Véase que reconoce la posesión y la propiedad comunitarias de las tierras “que” “tradicionalmente ocupan”, en vez de reconocer la posesión y la propiedad “si” “tradicionalmente ocupan”. Ello significa que la ocupación tradicional es un fenómeno que la Constitución presume como existente en vez de un requisito para reconocer la posesión y propiedad comunitarias.

En ese contexto el término “que” funciona como pronombre relativo en vez de conjunción: vale lo mismo decir, por ejemplo, “los indígenas poseen las tierras que ocupan tradicionalmente” o “los indígenas, que ocupan tradicionalmente, poseen las tierras”. Si se reemplazara el pronombre por el nombre (todo pro-nombre es un sustituto de un nombre sustantivo) podría decirse, por ejemplo, “los indígenas poseen las tierras y los indígenas ocupan tradicionalmente las tierras”, o “los indígenas poseen las tierras y las ocupan tradicionalmente”.

Con otras palabras, de acuerdo con este método gramatical de interpretación, la Constitución reconoce y ordena reconocer que los pueblos indígenas preexisten, que ocupan las tierras tradicionales y que, por lo tanto, las poseen y son sus dueños

²⁴² Incluso en interés de la seguridad jurídica de los terceros el estado debería cumplir esta delimitación, pues un sujeto indígena con ocupación tradicional no delimitada superpuesta con otro predio mensurado o titulado está legitimado constitucionalmente para ocupar el predio, aprovechar y gestionar sus recursos. Gracias a la demora estatal en hacer efectiva la propiedad comunitaria indígena, los conflictos de tierras entre poseedores civiles y poseedores indígenas están a la orden del día.

²⁴³ KOSOVSKY, Fernando, “La protección estatal de la ocupación tradicional: Cuestionamientos “actuales” en torno a la ley 26.160”, ponencia en las “Jornadas Patagónicas de Derecho Indígena en Comodoro Rivadavia el 7 de octubre de 2012. Versión digital en www.derechosindigenas.org.ar

comunitarios. Y lo mismo vale para el Convenio 169 (artículo 14, inciso 1), fuente de aquel artículo constitucional, que utiliza la misma sintaxis.

En ningún caso puede interpretarse gramaticalmente que la "ocupación tradicional" sea una condición hipotética exigida para el reconocimiento de los derechos. La norma no dice que los pueblos indígenas sean poseedores y dueños comunitarios de las tierras "si" las ocupan. En su lugar, proclama contrariamente una afirmación categórica: que las ocupan tradicionalmente.

Ahora bien, ese método gramatical debe completarse con alguna aproximación semántica sobre la expresión "ocupación tradicional" para comprender cabalmente el sistema normativo en cuestión. Esa ocupación tradicional es un complejo vínculo material, espiritual y colectivo inescindible entre la comunidad y la tierra o el hábitat ancestral. Es un vínculo generalmente holístico, concebido como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen, difícil de comprender y de asimilar en la cultura burguesa del derecho privado. Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras" (artículo 25). Y consideraciones similares ha formulado reiteradas veces la Corte Interamericana de Derecho Humanos (por ejemplo: Corte IDH, 27/06/2012, "Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", párr. 148, 149, 155, 204 y 207; Corte IDH, 04/09/2012 "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", párr. 144 y 183; Corte IDH, 24/08/2010, "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", párr. 86 y 113; Corte IDH, 25/05/2010, "Chitay Nech y otros vs. Guatemala", párr. 168; Corte IDH, 29/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay", párr. 131; Corte IDH, 08/02/2006, "Comunidad Moiwana vs. Suriname", párr. 131; Corte IDH, 17/06/2005, "Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay", párr. 131; Corte IDH, 31/08/2001, "Comunidad Mayagna [Sumo] Awastingué vs. Nicaragua", párr. 149; etcétera).

Puede inferirse entonces que, una vez detectada la subsistencia de una comunidad preexistente debe reconocerse necesariamente su vínculo también subsistente con la tierra original, porque una comunidad es jurídicamente inconcebible sin su tierra tradicional.

Todo ello es además compatible con otras normas y declaraciones que reconocen a los pueblos indígenas la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que "tradicionalmente ocupan". Por ejemplo, la Declaración ya citada establece que los indígenas tienen derecho a mantener su propia relación espiritual con las tierras y recursos que "tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado" (artículos 25, 27 y 28), y a controlar las tierras y recursos que poseen en razón de "propiedad tradicional" u "otro tipo tradicional de ocupación o utilización" (artículo 26.2). Y en Río Negro la Constitución local promueve en favor del indígena la propiedad inmediata de "la tierra que posee" (artículo 42), mientras la Ley Integral del Indígena se refiere a "la tradicional posesión" que precede a la provincialización" (artículo 12 la ley D 2287). Como se ve, la "ocupación tradicional" siempre subsistente al menos en su aspecto espiritual, es el dato clave para reconocer la posesión y propiedad comunitarias.

Luego, dado que se trata de la reparación histórica de un derecho humano, la subsistencia de ese vínculo complejo y holístico que es la ocupación tradicional (así se lo concibe internacional y unánimemente) constituye una presunción jurídica de la norma constitucional. La comunidad podrá haber perdido el elemento material, pero

la ocupación tradicional debe reputarse siempre subsistente. Sin esa presunción, todo quedaría en letra muerta. Resultaría irónico exigir que la comunidad haya resistido heroica, milagrosa y materialmente instalada en la mismísima tierra a pesar de la conquista –casi siempre violenta–, la colonia, la inmigración, la afectación al patrimonio del Estado, el poder económico y la entrega en propiedad privada a personas extrañas (con el consiguiente derecho a la posesión civil excluyente: artículo 2513 del Código Civil). Por ende, los términos de la Constitución y del Convenio no pueden tener otro alcance que el de una presunción jurídica favorable a la comunidad. Ya bastante con el difícil relevamiento e identificación de las comunidades subsistentes. Lo demás ha de venir por añadidura: detectada la existencia de una comunidad originaria, la identificación con su tierra ancestral es inexorable –aunque es preciso demarcarla, obviamente–, y el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitarias un deber consiguiente²⁴⁴.

En síntesis, la propiedad indígena reconocida en el artículo 11 de la ley 2287 debe entenderse hoy como propiedad comunitaria de la tierra de ocupación tradicional pues solo esta interpretación dinámica y evolutiva permite entenderla como adecuada en los términos de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de lo contrario no puede considerarse una reparación histórica. Esa fue la razón que inspiró su sanción y ese es el sentido que corresponde asignarle²⁴⁵.

En consecuencia, los términos “adjudicación” y actual” deben derogarse porque adscriben a otro paradigma del derecho indígena y hoy resultan ser obstáculos para que la propiedad comunitaria opere en su verdadera dimensión como garantía del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural indígena reconocida por los constituyentes y legisladores.

En el mismo sentido, desde la vigencia del concepto de reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural del artículo 75 inc. 17 tributario del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT en el concepto de “ocupación tradicional” (OT), devino también inconstitucional la exigencia de “trabajar” las tierras ocupadas como condición para su titulación. Si bien el Convenio no define con precisión lo que significa OT, pues ella varía de cultura en cultura, vale la pena volver a reunirnos con “Chacho” Liempes para aproximarnos a lo que ella implica para quienes participaron por el Pueblo Mapuche de río negro en la elaboración de la ley 2287:

“Quiero que se entienda que somos un Pueblo. El estado chileno y argentino se apropiaron de nuestro territorio y buscaron nuestro exterminio. ...ancestralmente somos nómades. Por eso no hablamos de un lugar específico. Hablamos del Wall mapu, todo el territorio. No solo que lo que uno pisa, sino todo lo que la compone. Yo nunca

²⁴⁴ Autos "PROVINCIA DE RIO NEGRO C/ VALLE, NICOLAS Y OTROS S/ DESALOJO (Sumarísimo)" (expte. 08392-09) del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 entonces a cargo del Dr. Emilio Riat. Sentencia del 30 de octubre de 2013.

²⁴⁵ La interpretación dinámica y evolutiva es una obligación estatal de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, Sentencia de 17 de junio de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), sostuvo que “El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (párr. 128) con cita de la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, y cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, supra nota 191, párr. 115.

perdí mi identidad. Tengo 67 años. Nuestra familia se movía de un lado a otro. Tengo familia de Azul, en zona de Tandil y viajaban hasta gulu mapu, –hoy Chile– cuando quisieran, para visitar parientes. La vida era completamente distinta. Vivían de los animales pero no solo de eso. Cuando se instala el estado argentino, nos dejó completamente dispersos. No quiero recordar cosas recientemente pasadas en el estado argentino, pero sirve para comparar lo que hemos pasado como pueblo. ...el estado nos exige vivir en forma sedentaria y encima parcializada. Los mejores lugares de producción se los quedaron...muy poca la gente, los que se beneficiaron con los mejores campos. La corona británica se quedó con cerca de 1 millón de hectáreas. El estado nos dejó los peores lugares. Sin saber el idioma, ni conocer el comercio, con la policía en contra, los jueces en contra, los comerciantes que se abusaban; no podíamos defendernos, se burlaban en nuestra cara por ser Mapuche. Ahora encima tenemos que andar fundamentando que somos Mapuche. Cuántos años nos refregaban en la cara “que ustedes son indios”. Se trabajó en forma tradicional en el campo, pero son miles los que están en las ciudades. En el campo se optó por la producción de animales, en la línea sur, Maquinchao, Somuncura, ¿qué otra cosa se va a producir ahí? Así empezó la vida nuestra en esos lugares, si quieren llamarle tradicional a producir en familia, dándole un pedazo de campo y una punta de animales a los hijos que van creciendo, eso también se nos fue cortando con la reducción de los campos, los engaños, las corridas de alambrados, la violencia del estado. Todo eso terminó con la sobrecarga de los animales. No solo la cantidad, sino la permanencia. ¿Y dónde se va? ¿Y los chicos que crecen? Cada una de esas cosas la discutimos con los legisladores cuando discutimos la 2287.

Respondiendo a la pregunta de si la productividad exigida por la ley de tierras fiscales es compatible con la OT Mapuche, Chacho cuenta:

“...la 279, la ley de tierras... ha sido una forma de mantenernos siempre en condiciones de ser despojados, ya sea por la provincia o las grandes empresas: mineras, petroleras. Por eso dejamos de hablar de tierras del estado y pasamos a exigir que se nos reconozca la autonomía como pueblo para poder funcionar y mejorar las condiciones de vida.

Continuamente nos han querido aplicar la ley N° 279, como elemento de presión no solo de la Dirección de Tierras sino de otras instituciones del estado que, para acceder a cualquier derecho, nos dicen que se necesita el permiso de ocupación²⁴⁶. En el momento que aceptemos que nos den un permiso estamos renunciando a nuestro derecho que se nos reconozca como territorio Mapuche.

Para los Mapuche no existe el concepto de propiedad. Uno pertenece al lugar donde está, sino a todo el territorio. Hay que tener en cuenta que cuando se aprueba en 1988 la ley N° 2287 veníamos de 100 años de no saber nada. Ni de derecho ni cuestiones legales, hay un montón de cosas que no sabíamos. Seguramente hay cosas sobre las que hoy no estamos de acuerdo con esa ley. Hoy tenemos otra posibilidad de reclamos. Es necesaria una nueva forma de documentación. Primeramente se nos tiene que reconocer, que (el estado) demuestre la determinación de reconocer el territorio”.

²⁴⁶ PERMISO PRECARIO DE OCUPACION. Previsto en la ley 279. Artículo 76º: “El I.P.A. otorgará permisos precarios de ocupación, con destino a pastaje, en tierras no adjudicadas con promesa de venta, ni concedidas en arrendamiento, libres de ocupantes, con sujeción a los límites de receptividad determinados para cada zona o subzona, por el plazo de hasta un (1) año, pudiendo ser prorrogado a solicitud del permisionario”. Son esencialmente revocables (artículo 81).

Los artículos 18 y 19 de la ley N° 2287 devinieron inconstitucionales²⁴⁷. El 18 establece que:

“Las tierras transferidas lo serán bajo las condiciones del artículo 66 de la Ley 279, y serán libres de todo gravamen a partir de la traslación del dominio, por el término de diez (10) años”.

El artículo 66 obliga al propietario a *“...mantener la unidad económica en grado racional de productividad. Esta obligación regirá para los sucesivos adquirentes sin término de prescripción. En su defecto las tierras podrán ser expropiadas...”*.

Incluso antes de la vigencia de la Constitución de la Nación de 1994, esta previsión era inconstitucional, por ser incompatible con el principio de la libre determinación de los pueblos en materia económica. Imponer la productividad de la tierra implica negar a los Mapuche su derecho a no producir en ella, a conservarla libre de toda intervención o impacto productivo, a respetarla como su hábitat. La norma impone un criterio “de productividad” que es ajeno a los parámetros culturales del sujeto indígena y se coloca por encima para “evaluar el grado de racionalidad”. Con la vigencia del artículo 75 inc. 17 CN, esta norma devino inconstitucional, además, porque se autoriza al estado imponerle gravámenes luego de los 10 años de recibida la propiedad y porque permite su expropiación lo cual conlleva transferencia y las tierras de posesión indígena son intransferibles.

También devino inconstitucional el artículo 19 porque impone gravámenes, y condiciones que como el art. 18 restringen la autonomía.

Esta norma parte del supuesto de que las tierras deben ser vendidas a la persona o comunidad indígena, discusión superada con la reforma de la Constitución de la Nación que les reconoce a los indígenas la propiedad y posesión comunitarias sobre las tierras que tradicionalmente ocupan como sujetos preexistentes al estado que no precisan comprarle al estado las tierras que éste ya les reconoció en propiedad. Por los mismos motivos y por ser instituciones ajenas a las formas propias de transmisión de derechos de las culturas indígenas, son inconstitucionales todas las previsiones sobre indivisión y herencia, de los inc. c y el pacto de preferencia del inc. d del artículo 19 de la ley 2287.

En cambio, es útil conservar el artículo 20, aunque sería mejor reformarlo²⁴⁸, en el sentido que propondré al analizar el proyecto de regulación de la PCI en Río Negro.

²⁴⁷ El 18 establece que las “Artículo 18: Las tierras transferidas lo serán bajo las condiciones del artículo 66 de la Ley 279, y serán libres de todo gravamen a partir de la traslación del dominio, por el término de diez (10) años”. El artículo 66 obliga al propietario a “...mantener la unidad económica en grado racional de productividad. Esta obligación regirá para los sucesivos adquirentes sin término de prescripción. En su defecto las tierras podrán ser expropiadas...”. Incluso antes de la vigencia de la Constitución de la Nación de 1994, esta previsión era inconstitucional, por ser incompatible con el principio de la libre determinación de los pueblos en materia económica. Imponer la productividad de la tierra condición de la garantía implica negar el derecho a no producir en ella, a conservarla libre de toda intervención o impacto productivo, a respetarla como hábitat, e imponer un criterio de lo “racional” ajeno a los parámetros culturales del sujeto de derecho para evaluar el grado de productividad. Con la vigencia del artículo 75 inc. 17 CN, es claro que la norma devino inconstitucional, además, porque se autoriza al estado imponerle gravámenes luego de los 10 años de recibida la propiedad.

También devino inconstitucional el artículo 19 porque impone gravámenes, condiciones y porque parte del supuesto de que las tierras deben ser vendidas a la persona o comunidad indígena, cuando la constitución de la Nación reconoce a los indígenas la propiedad y posesión comunitarias sobre las tierras que tradicionalmente ocupan como sujetos preexistentes al estado, por lo que no necesitan comprarle al estado tierras que éste les reconoció en propiedad. Por los mismos motivos y por ser instituciones ajenas a las formas propias de transmisión de derechos de las culturas indígenas, son inconstitucionales todas las previsiones sobre indivisión y herencia, de los inc. c y el pacto de preferencia del inc. d del artículo 19 de la ley 2287.

²⁴⁸ En su texto actual dice: “En los casos en que el Estado Provincial ejerza el pacto de preferencia dará prioridad para la nueva adquisición a miembros de la comunidad indígena”. Este artículo se refiere a supuestos de particulares que comprar tierras fiscales

5. REVISIÓN DE DESPOJOS: SU SISTEMÁTICA OMISIÓN ESTATAL.

5.1. El mecanismo de revisión

Uno de los reclamos y logros fundamentales del Pueblo Mapuche fue instrumentar en la ley N° 2287 un mecanismo de revisión de despojos territoriales condensado en el mecanismo de revisión de los despojos territorio Mapuche instaurado en los artículos 12 y 13 de la ley.

“Artículo 12. La autoridad de aplicación de la presente Ley, coordinadamente con la Dirección de Tierras de la Provincia efectuará las investigaciones en relación al cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Tierras, las leyes vigentes de creación de Reservas, y los derechos vinculados a la tradicional posesión previos a la provincialización. En caso de detectar anomalías arbitrará los medios para realizar las gestiones judiciales correspondientes.

La primera cuestión a señalar es que se la atribuye al CODECI **la competencia** para realizar la investigación.

El **ámbito material de la investigación** incluye “...los derechos vinculados a la tradicional posesión previa a la provincialización”, es decir, la etapa en que las tierras eran administradas por el estado nacional. También las referidas al cumplimiento de la Ley de Tierras (279) así como las leyes vigentes de creación de reservas.

La parte final del art. 12 establece que al detectar anomalías el CODECI “...arbitrará los medios para realizar las gestiones judiciales correspondientes”. La norma no indica si el CODECI tiene capacidad para llevarlas adelante y los “medios” son recursos humanos o materiales para financiar esas gestiones o si carece de capacidad para hacerlo y debe gestionar que otro organismo estatal las lleve adelante. La jurisprudencia del caso “CODECI” que comentaremos luego zanjó la cuestión a favor de la primera hipótesis.

Otra duda es ¿cuáles son las “gestiones judiciales correspondientes”? Pareciera ser que la generalización faculta al organismo decidir libremente cuál es la acción que corresponde frente a cada caso concreto. Sería deseable mejorar este aspecto procesal para regular en forma más clara qué acciones que corresponden en cada supuesto para evitar la generalización que también se reproduce en el artículo siguiente.

Artículo 13. En los casos que luego del análisis a que se hace referencia en el artículo anterior se detectaran situaciones de lesión enorme o subjetiva, usurpación u otros vicios de la posesión y/o adquisición del dominio en perjuicio de las comunidades indígenas y/o sus pobladores, el órgano de aplicación dará intervención a la Fiscalía de Estado a los fines de la promoción inmediata de las acciones judiciales y/o administrativas que correspondan, y cuando fuera necesario se solicitará al Poder Legislativo el uso del mecanismo de la expropiación”.

al estado y que luego quisieron realizar transferencias. La ley 279 los obliga a ofrecerlos al estado para que éste ejercite el pacto de preferencia, pudiendo recomprar las tierras, a mi entender, al valor fiscal, más las mejoras. Lamentablemente, el estado provincial no lo ha ejercido, pero si lo hiciera, una vez readquiridas, debería asignárselas en forma preferente a indígenas que requieran carezcan de tierras o que teniendo requieran de otras aptas suficientes para desarrollo humano.

Este artículo establece que cuando en la investigación se detecte el despojo en perjuicio de las comunidades o pobladores indígenas el CODECI debe dar intervención a la Fiscalía de Estado para que promueva de inmediato las acciones judiciales y/o administrativas que correspondan. Se refiere a supuestos en que los responsables de los despojos son ocupantes de tierras fiscales o compradores de tierras fiscales que obtuvieron el título en perjuicio de las comunidades indígenas. Estas acciones se entablan contra quienes participaron y se beneficiaron de algún modo en el despojo. La Fiscalía de Estado debe impulsar estas acciones “de inmediato”. Las acciones son administrativas (ej. Por ejemplo, de ilegitimidad) o revisión cuando hubieran existido vicios, en los supuestos en que las tierras aun están en la esfera de la administración. Se refiere a los casos en que todavía no se hubieran vendido o que se hubiesen vendido pero con obligaciones pendientes (ej. Con hipoteca). Corresponden las acciones judiciales en los supuestos en que las tierras ya fueron vendidas, debiendo impulsarse la acción ordinaria de lesividad²⁴⁹.

En los supuestos en que de la investigación resulte que las tierras fueron vendidas y que el actual titular de dominio no tuvo ni pudo tener razonablemente conocimiento ni relación alguna con el despojo, entonces la Legislatura deberá expropiar la tierra como lo estipula el art. 13 al final.

5.2. Una explicación para la omisión estatal. La misma tierra: diferentes organismos para culturas y sujetos distintos.

A partir de la sanción de la ley 2287, mientras el CODECI debe reconocer, promover e instrumentar la ocupación tradicional indígena como autoridad de aplicación de la ley N° 2287, la Dirección de Tierras, autoridad de aplicación de la ley N° 279 de tierras fiscales de la provincia²⁵⁰ se rige por los principios de ocupación efectiva, radicación estable de la familia agraria, por criterios de productividad y eficiencia, siendo su objetivo adjudicar en venta las tierras lo más rápido posible a fin de transferirlas a la propiedad privada²⁵¹.

Las referencias y finalidades de la ley N° 279 son diametralmente opuestas a los criterios que el estado debe ponderar al momento de instrumentar el reconocimiento de la ocupación tradicional indígena.

Mientras el servicio de fiscalización y de administración de la Dirección de Tierras debería generar ingresos al estado por el pago de pastaje, tasas de transferencias y/o pagos de impuestos inmobiliarios al momento de las ventas de las tierras en propiedad individual, por oposición, las actividades del CODECI no los generan pues deberían ser

²⁴⁹ GORDILLO, Agustín, T. 3. XI-7 http://gordillo.com/tomos_pdf/3/capitulo11.pdf

²⁵⁰ En Río Negro rige una “dictadura” de Tierras. Jamás se puso en funcionamiento el Instituto de Promoción Agraria de la Provincia de Río Negro I.P.A. como entidad autárquica, con personería de derecho público y privado creado por el artículo 6 de la ley 279 cuyo Directorio tiene participación estatal y privada e incluye los servicios de Tierras y Colonización –artículo 7 de la ley– El Director de Tierras es un funcionario puesto por el gobernador de turno. Así, se ha anulado de hecho todo tipo de control y participación ciudadano en el gobierno de la tierra, en una práctica anti-democrática, legado vivo del período dictatorial que beneficia a los latifundistas y a muchos, muchísimos funcionarios beneficiados con enormes superficies de tierras fiscales, muchas de ellas ocupación tradicional de indígenas.

²⁵¹ Constitución de Río Negro. Artículo 75: “La Provincia considera la tierra como instrumento de producción que debe estar en manos de quien la trabaja”, por lo que impulsa como política de estado la fijada en el artículo 3 de la ley 279. c) Su enajenación gradual y orgánica, facilitando todos los medios para la más pronta transferencia al dominio privado por otorgamiento de título de propiedad; ...f) Facilitar a la mayor cantidad posible de actuales ocupantes de las tierras fiscales, la obtención del título de propiedad, acordándoseles seguridades jurídicas y exenciones que garanticen su estabilidad y estimulen su trabajo e inversiones, siempre que acrediten condiciones de moralidad, idoneidad y capacidad técnica”

gratuitas para los indígenas: tanto al reconocerse la ocupación, realizarse la delimitación, mensura e instrumentación en títulos de propiedad comunitaria el estado cumple con la garantía de preservación de la cultura Mapuche que es la condición de posibilidad de su existencia como Pueblo. La transferencia del dominio debe ser gratuita y libre de todo gravamen, pues el artículo 22 de la ley N° 2287 obliga a respetar las costumbres indígenas y brindar los medios económicos y asistenciales para afianzar los derechos indígenas.

Además de estas dificultades que podríamos llamar “objetivas”, tenemos el problema de las competencias de cada organismo. Justamente, una de las dificultades prácticas no contempladas al regular esta cuestión fue no prever cómo iba a funcionar la relación entre el CODECI y la Dirección de Tierras. Estos dos organismos estatales fueron concebidos desde intereses, lógicas y visiones incompatibles.

Históricamente, la Dirección de Tierras fue el organismo que impulsó los desalojos de las familias Mapuche, que facilitó a terceros la apropiación de los territorios indígenas; legitimó a particulares que llegaban en búsqueda de oportunidades, en perjuicio de la posesión tradicional Mapuche.

A partir de la vigencia de la ley N° 2287 se esperaba que los funcionarios de la Dirección de Tierras se concientizaran y respetaran al CODECI cuya competencia para reconocer ocupación tradicional indígena e instrumentar la posesión y propiedad comunitarias absorbía la competencia de la Dirección de Tierras que quedaba desplazada en razón del sujeto. Se esperaba que la Dirección de Tierras dejase de intervenir como autoridad de aplicación en esos predios Mapuche y que cooperase activamente con éste nuevo organismo del estado en las tareas técnicas, registrales y documentales, entre otras. Sin embargo, en la práctica la Dirección de Tierras no resignó el ejercicio de su poder y desconoció al organismo especializado.

Ignorando la identidad indígena los funcionarios de Tierras no le daban intervención al CODECI o bien se la daban una vez que ya había resuelto otorgar derechos a terceros como si se tratara de una figura meramente folklórica. Al mismo tiempo, incumplía con su tarea técnica, impidiendo y dificultando al CODECI cumplir con sus obligaciones, tales como las del Artículo 14 de la ley N° 2287 que dispone que: *“Las mensuras que se realicen en función de esta Ley por la Dirección de Tierras serán gratuitas”*. Nunca la Dirección aludida implementó ni articuló con el CODECI programas de mensuras gratuitas para comunidades indígenas.

La Dirección de Tierras ha sido y sigue siendo la punta de lanza de la política estatal de despojo indígena, tanto por acción como por omisión. Está en el ADN del organismo. Con posterioridad a la vigencia de la ley N° 2287, esa Dirección consolidó los fraccionamientos de los territorios Mapuche, ya sea con concesiones de tierras a favor de empresas forestales, mineras o de particulares ganaderos o agricultores, ya sea por irregulares autorizaciones de transferencias y adjudicaciones a personas ajenas al Pueblo Mapuche, sin realizar jamás una consulta ni participación previa a este Pueblo, a sus organizaciones. Esos fraccionamientos promovían el individualismo, el aislamiento de las familias en parcelas pequeñas, lo que generaba la ruptura o dificultaba el sostenimiento de los vínculos sociales, económicos y espirituales²⁵². Tampoco cumplió

²⁵² Por ejemplo, la Dirección de Tierras otorgó a la familia Abi Saad tierras Mapuche del Lof Casiano-Epugmer. Abi Saad sin autorización las mensuró y las dividió en dos fracciones. Cuando el Lof Casiano-Epugmer le reclamó al CODECI que investigue este

a partir de 1998 con la obligatoria intervención del CODECI. Esta historia reciente obliga a revisar detallada y cuidadosamente la distribución de las competencias al momento de repensar la regulación de la instrumentación de la PCI.

Pero veremos a continuación que no todo es responsabilidad de aquel organismo de Tierras fiscales. Veremos a continuación que existe también responsabilidad del CODECI que no ejerció adecuadamente sus competencias legales para hacer efectiva la ley N° 2287 desde su constitución en el año 1998²⁵³.

5.3. El caso CODECI

Tras siete años de su creación, el CODECI no había logrado avances sustanciales ni difundido la investigación de despojos ni gestionado las acciones establecidas en los arts. 12 y 13 de la ley 2287.

En el año 2005 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia fijó claramente las responsabilidades del organismo cuando dictó sentencia en el caso de las Comunidades mapuches “Peñi Mapu” de Lipetren Chico, “Npug Curra” de Mamuel Choique y “Putren Tulli Mahuida” de Lipetren Grande (conocido como caso “CODECI”)²⁵⁴, promovido por el propio organismo CODECI (como órgano del estado)²⁵⁵ actuando en representación de las Comunidades Mapuche, que le demandaban a la Provincia, entre otras cosas, el incumplimiento de la ley N° 2287 en materia de reconocimiento, delimitación, mensura y titulación de territorio tradicionalmente ocupado por esas Comunidades.

El CODECI se quejó de que la única norma que reconoce la Dirección de Tierras y Colonias es la Ley N° 279, con la que *“...se mantiene el criterio de demarcación en forma individual y se ha contratado a un cuerpo de profesionales agrimensores a fin de producir mensuras y posterior entrega de los únicos títulos...individuales, que ha otorgado, incluso dentro de las reservas legisladas, desconociendo con ello nuestra forma de vida comunitaria...”*.

Adujo que *“...el Poder Ejecutivo no ha integrado al Pueblo Mapuche a la vida regional... la vigencia de la ley N° 2287/88 no prueba como pretende la provincia, el cumplimiento de integración al Pueblo Mapuche... (del) artículo 42 de la Constitución*

despojo y tras vencer a los Abi Saad en diversos pleitos judiciales en diferentes fueros, Abi Saad desistió y la Dirección de Tierras recibió una de las fracciones sin restituir las al CODECI ni éste al Lof. Al mismo tiempo la Dirección de Tierras le “compensó” las mejoras que ilegalmente habían introducido los Abi Saad en el predio del Lof Casiano-Epugmer con el valor de casi 20.000 hectáreas de tierras de posesión tradicional de otras familias Mapuche (Lof Antual-Albornoz) de la zona. Expte N° 150369/85. Al mismo tiempo, los Abi Saad cometieron múltiples infracciones a las leyes de tierras, tal como vender las tierras recibidas o tener otros predios rurales en propiedad en la provincia. Expte 13.141/63: sup. 5028ha, 66ª, 59 ca ubicada en parte de los lotes 64, 65, 76, 77 sección IV Escrituradas (Escritura 267). Expte Nro. 87.104/58. Expte 39.797/59. Expte 106.783/60. Dup. 1337 del 26-7-68, sup. 19.636 ha. 67ª. 10 ca. . También a favor de la familia Sede que acumuló más de 50.000 hectáreas en las zonas de Arroyo Las Minas y Costa de Ñorquinco y Fitamiche, despojando a las familias que integran las comunidades Kom Kiñé Mu y Nehuen Twain Kom.

²⁵³ El Decreto N° 310/98, Artículo 1° dice: “...El nuevo Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas estará integrado de conformidad a lo expresado en el punto 8 del Acta-acuerdo de la Coordinadora del Pueblo Mapuche que como Anexo I forma parte integrante del presente decreto...” y que en dicha Acta-acuerdo se establece: “...5. Rechazar todo proyecto de titularización de las tierras en forma individual. Y promover la entrega comunitaria de las tierras, con plena Participación y Consentimiento de los pobladores mapuches implicados. Asimismo desarrollar investigaciones y estudios previos sobre la situación de las tierras a regularizar...”.

²⁵⁴ CO.DE.C.I. DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ACCION DE AMPARO" (Expte. N* 19439/04-STJ-), SENTENCIA N° 72/2005 del 16 de agosto del 2.005.- (Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI)

²⁵⁵ La legitimación procesal del CODECI para demandar al estado provincia fue admitida excepcionalmente por el Tribunal. STJRNCO in re “CODECI” AU. 216/04 del 03-11-04.

Provincial... que el Estado Provincial no ha dictado normas y/o generado mecanismos e instrumentos idóneos para el pleno goce de nuestros derechos...al respecto podemos enumerar: ...demarcar y titularizar territorios preexistentes ...entrega de otras tierras aptas y suficientes...reconocimiento y protección de uso y ocupación de espacios espirituales ...participar en la gestión de los recursos naturales ...aplicar nuestros conocimientos y prácticas sobre diversidad biológica...protección de la naturaleza jurídica de nuestras tierras y territorios ...impedir la intrusión y/o uso no autorizado de terceros de parte de terceros públicos o privados”.

La Fiscalía de Estado de la Provincia contestó que el CODECI, teniendo las atribuciones de la ley N° 2287, y siendo parte del Poder Ejecutivo, no ha instado ni promovido acciones para el reconocimiento de las tierras tradicionalmente ocupadas por las Comunidades²⁵⁶.

Es muy importante para comprender la cuestión la observación del Dr. Lutz sobre los alcances de la ley N° 2287 en cuanto a su puesta en funcionamiento:

“...en el CODECI una autoridad de aplicación con funciones –duales– diversas y suficientes, aunque el propio Estado que lo creó, no haya concretado, o implementado las condiciones para concretar el desenvolvimiento eficaz en plenitud”.

Es decir, las atribuciones normativas de la ley N° 2287 –sumada a vigencia de la Constitución de la Nación y del Convenio 169 de la OIT– le brindan al CODECI la base jurídica suficiente para tramitar los reclamos territoriales. Especialmente, los artículos 2, 4 y 5 del Convenio 169 le permitían asumir protagónicamente las facultades ya reconocidas por el gobierno en el decreto 310/98 que expresamente le reconoció su capacidad “resolutiva”.

En el año 1988 se concibió al CODECI para ejercer el poder resolutivo del estado en función del sujeto indígena en todas las materias, incluyendo, claro está gestionar administrativamente los reconocimientos de territorio indígena, revisar los despojos denunciados y hacer efectivos los derechos territoriales.

A partir de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT se consolidó entre las Comunidades de la Provincia la idea de que el CODECI debía convocar a las Comunidades a participar en la demarcación y delimitación (mensura oficial) de sus tierras, disponer e instrumentar investigaciones de despojos, ordenar las registraciones de todo lo anterior (ej. De reclamos territoriales en los registros públicos de la Dirección de Tierras o bien en el Registro de la Propiedad Inmueble al modo de “anotación de Litis administrativa”) y, finalmente, resolver la inscripción como propiedad Comunitaria indígena de las tierras demarcadas, todo ello en ejercicio de su investidura como autoridad de aplicación. Ese es el sentido que la OIT le asignó a la “acción coordinada y sistemática”²⁵⁷, en relación a las “medidas necesarias para determinar las tierras de ocupación tradicional y para garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” (comunitaria) del párrafo 2° del artículo 14 del Convenio. El párrafo 3° le exigía tramitar y resolver los reclamos territoriales aplicando

²⁵⁶ El Dr. Luis Lutz puntualizó la desprolijidad de que el CODECI –órgano del estado– sea quien reclame o demande al estado ejerciendo una representación que le corresponde a organizaciones o comunidades indígenas. (punto 5.1 del fallo “CODECI”).

²⁵⁷ Ver en este libro el trabajo de GOMIZ, MARIA MICAELA P.... y su nota 21. OIT “Los derechos...” p 29.

los dispositivos de la ley N° 2287, que a nivel provincial son los “procedimientos adecuados” del artículo 14 del Convenio 169.

En su fallo el Superior Tribunal de Justicia determinó con claridad qué autoridades deben promover e instrumentar el título de propiedad comunitaria a favor de los indígenas.

“**Segundo:** ORDENAR la cumplimentación en el plazo de sesenta días de las siguientes obligaciones constitucionales y legales:

“a) A cargo de la Dirección General de Minería, el CODEMA, la Dirección de Tierras y Colonización, el DPA y los demás organismos de la Administración que resulten competentes en la aprobación de las diversas etapas y sus correspondientes trámites del denominado “Proyecto Calcatreu”: de observar el pleno respeto y la aplicación de las normas en vigencia en cuanto a la pluralidad étnica; respeto al patrimonio social y cultural; preservación de los recursos naturales y el medio ambiente; información, consulta y participación de las Comunidades originarias del área comprendida y sus aledaños (“Peñi Mapu” de Lipetren Chico, “Npug Curra” de Mamuel Choique y “Putren Tulli” de Lipetren Grande), en particular la Reserva Lipetren conforme el Decreto P.E.N. N° 82.506/41 y la Ley N° 694 u otras tierras aptas vecinas, a cuyos efectos la gestión se canalizará a través del CODECI según lo determine el Poder Ejecutivo.

b) A cargo de la Dirección de Tierras y Colonización en coordinación con el CODECI: de iniciar las siguientes tareas conforme al inc. 17) del artículo 75 de la C.N., las Leyes Nacional N° 23302, Provinciales N° 2287 y N° 2553 y el Decreto N° 310/98: a) identificación a los actuales pobladores de la Reserva Lipetren; b) determinación periférica, mensura y deslindes de la superficie de la Ley N° 694 y las tierras aptas aledañas que se requieran para la ampliación en función de las necesidades de las Comunidades reconocidas que allí pueblan; c) establecer y proyectar la situación dominial y los criterios de ejecución ya sean colectivos o individuales según resulte de la amplia y adecuada información, consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidas en el presente decisorio.

c) A cargo de la Dirección de Tierras y Colonización en coordinación con el CODECI con intervención de la Fiscalía de Estado: den el curso de los artículos 12, 13 y ss. de la Ley N° 2287 y de los artículos 16 y ss. del Decreto N° 1693/90 al otro “caso” del Expte. N° 301501-T-1983 (“Cañumil Mariano S/Solicita en Compra Parte Legua A Y D Lote 89 De La Sección VIII”).

...Cuarto: El incumplimiento parcial o total del presente decisorio, habilitará sin más trámite la ejecución de sentencia ante el órgano jurisdiccional con competencia contencioso administrativa de la jurisdicción correspondiente. Ello en cuanto así procediere en atención a la naturaleza de la cuestión que aquí se resuelve y sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar o pudieren ser pertinentes en el ámbito administrativo o por la vía ordinaria en sede judicial”.

La redacción del Voto del Dr. Sodero Nievas traduce la realidad y la forma en que se percibe desde el Poder a este organismo estatal: “*falta de coordinación y marginación de parte de la Administración, tanto para las Comunidades Indígenas del lugar cuyos*

derechos esenciales se ven afectados, como con el CODECI, en su dual condición de organismo oficial,...”.

La exclusión y postergación “marginal” se observa incluso en la forma de redactar la sentencia: para el Poder estatal (ejecutivo y judicial) el CODECI no es concebido como una parte de la Administración, a pesar de que, normativamente integra el poder ejecutivo provincial con dependencia del Ministerio de Gobierno en cuya la órbita ha sido ubicado.

Está fuera de duda que el estado no ha asignado medios económicos suficientes al CODECI quien lo ha demandado, incluso judicialmente²⁵⁸.

No obstante ello, su poder de decisión no está limitado por esos recursos sino por la voluntad de decidir y defender políticas, de ejercer su poder en la práctica, de afirmarse como una parte sustancial de la administración pública estatal, con autonomía política. La omisión del CODECI de cumplir con sus funciones quedó expuesta en este caso al punto tal que el STJ le reprochó al CODECI esta omisión en su sentencia²⁵⁹. No es un dato menor recordar que el órgano decide por mayoría –indígena– y es presidido por un Consejero elegido por la Coordinadora del Parlamento del Pueblo Mapuche, lo que exige una profunda reflexión al movimiento indígena en la provincia.

5.4. El CODECI después del caso “CODECI”

A pesar del fallo del STJ, el CODECI continuó omitiendo sistemáticamente su obligación de impulsar y promover los procedimientos adecuados establecidos en la ley 2287 y declarados en la sentencia antes citada. En otros casos donde Comunidades Mapuche autónomas le reclamaban al CODECI el reconocimiento y la investigación de los despojos territoriales, recibieron por contestación el silencio o evasivas.

La respuesta a tales omisiones se encuentra, en buena medida, al sometimiento y aceptación de las políticas fijadas por el estado por parte de los dirigentes indígenas al frente del organismo desde 1998 hasta la actualidad.

El “Chacho” Liempe cuenta que el Consejo Asesor Indígena, teniendo la atribución legal de designar representantes al organismo, optó por no participar en el CODECI para preservar su autonomía e independencia del estado. Ni bien sancionada la ley, el CAI buscó abrir a la participación de colectivos indígenas el espacio político de decisión gubernamental:

“Cuando se aprueba la 2287, ... en nuestra inocencia, fuimos los primeros integrantes del CODECI: ... pero vimos que no había posibilidad de hacer funcionar la herramienta que se creó para hacer efectiva la ley. A uno de los integrantes del CAI...lo nombramos dentro del primer grupo que integró el CODECI, pero cuando asumió dejó de responder a su organización, y de pertenecer al CAI. En ese momento dejamos...la Coordinadora. Estuvimos de acuerdo con que nazca una coordinación para mejorar nuestra forma de discusión frente al estado y no para pelear recursos. ...comenzó a discutirse cargos, recursos. ...desde el CAI dijimos para eso no estamos y nos retiramos²⁶⁰ ...”.

²⁵⁸ STJRNCO: SE. <88/07> “CODECI s/MANDAMUS” (Expte. N° 22098/07 – STJ -), (03-07-07). LUTZ – BALLADINI – SODERO NIEVAS (en abstención)

²⁵⁹ Del Voto del Dr. Lutz. “5.14. EL OBRAR DE LA ADMINISTRACIÓN...el CODECI. adoleció de diligencia en cuanto al accionar de los artículos 12, 22 y cc. de la Ley N° 2287”

²⁶⁰ El CAI renunció formalmente a participar de la Coordinadora del Parlamento del Pueblo Mapuche en el año 1990. La Coordinadora del Parlamento del Pueblo Mapuche fue conformada por el CAI, Centros Mapuche y otras organizaciones del Pueblo

Esta explicación obliga a repensar a la autoridad de aplicación de la PCI, liberándolo de la dependencia jerárquica para pasar a operar como un ente autárquico; al mismo tiempo obliga a respetar y preservar las autonomías de las comunidades y de organizaciones frente a los discursos de los estados que, como en el proyecto de regulación de la PCI a nivel nacional y provincial, pretenden anularlas. Esto es lo que ocurre actualmente en la Provincia de Río Negro, donde, al contestar el estado la demanda promovida colectivamente por 10 comunidades Mapuche –representadas por el CAI– en contra la Provincia de Río Negro, reclamando el reconocimiento de su ocupación tradicional, la investigación de los despojos, la delimitación y mensura gratuitas con participación de las comunidades y la entrega de los títulos de propiedad comunitaria, la contestación provincial se apoya en la posición del CODECI según la cual el CAI carece de legitimidad para representar a las Comunidades de la provincia porque decidió dar de baja la registración de su personería jurídica.

Esta fue la lectura que el CODECI hizo del artículo 12 del Convenio 169 de la OIT al interpretar en forma disparatada la decisión del CAI de dar de baja su registración ante la Dirección de Personas Jurídicas de Río Negro realizada antes de la reforma del año 1994 bajo la forma de Asociación Civil. Es una interpretación disparatada porque el CAI invocó el principio de autonomía y porque el CAI difundió públicamente su decisión motivándola en que a) su personería –el artículo 75 inc. 17 de la Constitución– es de derecho público; b) está reconocida legalmente por el estado en la ley N° 2287, por lo que ya no precisa de registración ni de ningún otro “acto” de reconocimiento estatal.

La esterilidad del CO.DE.C.I. como organismo para fecundar políticas de estado se refleja en que a más de 10 años ni siquiera en el caso “CODECI” (LIPETREN) concluyó la delimitación territorial ni logró aun instrumentar la titulación de la propiedad comunitaria indígena. Veremos que el CODECI, más que como órgano de reconocimiento, ha funcionado como una herramienta estatal para el desconocimiento de los derechos indígenas.

6. EL CASO “LOF CASIANO-EPUGMER” (1989-2006)

6.1. El CODECI reconoce (defecutosamente) el territorio Mapuche y el Gobernador desconoce al CODECI.

El caso del “Lof Casiano-Epugmer” es el de otra comunidad Mapuche autónoma que tras sufrir despojos, juicios civiles y penales en su contra, demandó a la Provincia de Río Negro por la falta de reconocimiento y la omisión de investigación del despojo padecido en su territorio del Paraje Quetrequile, próximo a Ing. Jacobacci.

Sus reclamos se iniciaron en el año 1989 ante la Dirección de Tierras²⁶¹ sin que jamás se les dieran respuesta. Creado el Co.De.C.I. en el año 1998 tampoco el Lof obtuvo el reconocimiento peticionado. Así, en el año 2000, sus miembros decidieron recuperar de hecho las tierras de posesión tradicional que les habían sido despojadas. A partir de

Mapuche como forma de coordinar políticas frente al estado. Sin embargo, a poco de funcionar, el CAI denunció el sometimiento de este espacio de coordinación al estado por lo que se apartó y dejó intervenir en la Coordinadora y en la designación de Concejeros al Co.De.C.I.

²⁶¹ El expediente administrativo de la DTyC N° 104.304/30 consta de todos los antecedentes de la OT.

entonces sus integrantes debieron enfrentar el acoso judicial de los Abi Saad, artífices y beneficiarios del despojo²⁶².

Tras el reclamo del Lof, con el apoyo de muchas comunidades de la zona nucleadas en el Consejo Asesor Indígena, el Co.De.C.I emitió la disposición N° 13/03, donde realizaba un reconocimiento incompleto y defectuoso del territorio del Lof: no investigaba ni declaraba los despojos padecidos y además consignaba erróneamente la ubicación catastral de los campos reconocidos²⁶³.

Frente a estas deficiencias, el Lof recurrió ante el CODECI que guardó silencio y no rectificó sus disposiciones ni inició la investigación de los despojos. Así, la vía recursiva jerárquico, llegó al Ministro de Gobierno que no sólo no aplicó la ley N° 2287 sino que además rechazó parcialmente el recurso jerárquico interpuesto por el Lof y derogó la disposición N° 13/03 del CODECI por medio de la Resolución N° 3892 del 8 de noviembre de 2004:

“los integrantes del Lof Casiano se presentan solicitando se resuelvan los siguientes temas: 1) reconocer la titularidad sobre las tierras que ocupan sus integrantes en carácter de descendientes directos de Agustín Casiano y Manuela Lauquén, de origen mapuche, en los lotes 50 y 51 de la Sección VIII y 41 y 60 de la Sección VII del departamento 25 de Mayo, en parte recuperados de hecho de manos de quienes les usurparan por medio de la violencia, el fraude y la lesión subjetiva; 2) Se ordene el desalojo de los intrusos y 3) Se ordenen los trámites que correspondan para la titularización definitiva de esas tierras”; y considerando: “Que asimismo, solicitan la rectificación de la disposición 13/03 emitida por el CODECI, atento a verificarse errores en cuanto a la ubicación de los campos ocupados, siendo que tal situación le impide al Lof Casiano proseguir el trámite administrativo necesario ante la Dirección de Tierras y Colonias;” “Que solicitada información a la Fiscalía de Estado, obra respuesta a Fs. 18/19 donde surge que se encuentran iniciadas acciones legales a efectos de la procura de lograr el desalojo de las tierras en cuestión (contra Abi Saad Felipe);” “Que asimismo, se encuentra en trámite en la Dirección de Tierras de la Provincia, los expedientes administrativos N° 104.343/30 y N° 84.592/04 (reconstrucción) tendiente (sic) a dilucidar los verdaderos derechos sobre la ocupación de las tierras en cuestión;”

“Que analizadas las facultades del CODECI dentro del marco de la ley N° 2287 y del Decreto 310/98, no surge que dicho organismo posea facultades para emitir este tipo de acto administrativo de reconocimiento de derechos sobre tierras en litigio, como el caso de marras; como así tampoco es competencia de este Ministerio, según el artículo 15 de la ley N° 3779 expedirse sobre la cuestión de fondo planteada, reservada al Ministerio de la Producción, a través de la Dirección de Tierras, según artículo 19 punto 5 de la mencionada norma; correspondiendo por ello dejar sin efecto la Disposición N° 13/03 del CODECI”. “Por ello, el Ministro de Gobierno

²⁶² Tres juicios de usurpación de los que sus miembros fueron sobreseídos y un interdicto de recobrar la posesión. Casiano Jorgelina y otros s/ usurpación” Expediente N° 272-8-03, que tramitaron por ante el Juzgado de Instrucción en los Criminal y Correccional N° 4 de San Carlos de Bariloche, Carrizo de Abi Saad, Elma c/ Guarda Fidel y otro S/ Interdicto de recobrar S/Casación” (Expediente N° 19713/04-STJ). El Lof obtuvo la intervención institucional de la Defensoría del Pueblo de la provincia (Expte. N° 4254/04) y de la Nación (Expte. N° 3202/04).

²⁶³ El 4 de octubre del 2004, el CODECI. rectificó parcialmente la disposición N° 13/03 del 14 de abril de 2003, pero el trámite ya se había elevado a la instancia jerárquicamente superior.

resuelve dejar sin efecto la disposición N° 13/03 del CODECI..” (el destacado me pertenece).

Lo interesante del caso Casiano es que evidencia cómo el estado por la vía jerárquica eliminó la participación efectiva del Pueblo Mapuche en las decisiones referidas al gobierno de la tierra. Bloqueó así la competencia del Co.De.C.I, desconociendo las facultades legales de establecidas en la ley N° 2287 para intervenir en los reconocimientos de territorios indígenas y en las investigaciones de despojos por parte de terceros dejando sin imperium (poder de decisión) a la autoridad de aplicación en materia de tierras y territorio indígena de la provincia²⁶⁴.

6.2. El desamparo del Lof Casiano-Epugmer

El día **2 de febrero de 2006**, y según consta en el acta levantada al efecto, los Abi Saad entregaron al Ing. Jorge Belacín, por entonces Director General de Tierras, la Fracción A, que es parte las tierras de Quetrequile despojadas al Lof Casiano-Epugmer “...*en el estado que se encuentra, libre de todo tipo de ocupación de personas y semovientes, sin tener nada que reclamar sobre el mismo*”; la DT recibía dicho predio “*con el fin de ser administrado en el marco de la ley N° 279 sus modificatorios y complementarias*”. En dicho acto, la Dirección de Tierras se comprometía a realizar una inspección en el predio, a los fines de evaluar la cantidad de mejoras y su grado de conservación, para poder cuantificar las mismas y así determinar el procedimiento a seguir en cuanto a una futura compensación de estas con la familia Abi Saad; y la familia Abi Saad se comprometía a presentar un escrito de desistimiento de la acción incoada en el interdicto referido en el apartado anterior. Y el juicio se dio por terminado.

Frente a semejantes arbitrariedades de la Dirección de Tierras que no sólo omitía la intervención del Co.De.C.I y la restitución territorial sino que pretendía blanquear el despojo, para evitar la impunidad, el 3 febrero de 2006 el Lof Casiano-Epugmer interpuso una acción de amparo ante el Superior Tribunal de Justicia para que disponga sin más el desalojo de la familia y ordene restituir al LOF las tierras conminando a la Provincia a la aplicación de la ley N° 2287.

En un giro jurisprudencial respecto del caso CODECI, el STJ desestimó la acción –y la medida cautelar– sosteniendo que dada la presunción de legitimidad de los actos de la administración la cuestión no puede ser revisada por la vía del amparo, por tratarse de cuestiones que exceden el estrecho margen de debate que la acción de amparo permite y debe garantizarse la bilateralidad que todo debido proceso tiene que respetar. Se encuentra en discusión la legitimidad tanto de actos administrativos, como la competencia y actuación de los órganos administrativos (Dirección de Tierras, Fiscalía de Estado), así como de asuntos propios del derecho civil como del derecho de propiedad, y más aún en autos donde “...el derecho cuestionado gira en torno al derecho de los pueblos originarios a las tierras, protegidos por el derecho constitucional nacional, los pactos internacionales y el derecho local (Constitución Provincial y Ley N° 2287), todas cuestiones que ameritan otras vías más adecuadas para su conocimiento, con la posibilidad de que la pluralidad de intervinientes y eventuales afectados puedan

²⁶⁴ El arbitrio del gobierno es manifiesto. Por la disposición N° 14/02 del 2 de diciembre de 2002 el CODECI. reconoció el territorio tradicional del Lof Antual-Albornoz. Esta no fue objetada por la asesoría jurídica de la Dirección de Tierras (organismo al que el Ministerio de Gobierno le reconocía la exclusiva competencia para hacer ese tipo de reconocimientos) en su dictamen N° 77 emitido el 5 de agosto de 2005 en el Expediente N° 73513-DGTCyATI -05 caratulado “Lof Antual Albornoz- Título Comunitario” (ver copia adjunta), ni cuestionó la competencia del CODECI. para dictarla.

hacer valer sus derechos asegurándoseles el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional (Conf. Se. N° 34/00, "ADECOSI s/amparo s/apelación", Expte. N° 14643/00-STJ-)...²⁶⁵.

Como lo indicaron mis colegas en este libro, tiempo más tarde la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en el caso "Eben Ezer" que el amparo sí es una vía para reclamar derechos territoriales²⁶⁶.

6.3. El Contencioso-administrativo

Habiéndosele impedido garantizar su derecho por la vía administrativa el Lof Casiano-Epugmer el 04/02/2005, había interpuesto demanda contencioso-administrativa contra la Provincia de Río Negro²⁶⁷ para lograr el reconocimiento definitivo e incondicional del territorio tradicional del Lof Casiano que pertenece al pueblo mapuche, ubicado en los lotes 50 y 51 de la Sección VIII y 41 y 60 de la Sección VII, Departamento 25 de Mayo de la provincia de Río Negro; requerir la inmediata restitución de su posesión al Lof Casiano, su oportuna inscripción en los asientos registrales de la provincia "como propiedad comunitaria del Lof Casiano" y que se ordene la correspondiente instrumentación de tal propiedad en un título de propiedad comunitaria que sea entregado al Lof, todo ello dentro de un plazo razonable.

El traslado de la demanda recién se pudo correr el 20 de febrero de 2009, tras la orden de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁶⁸ que le ordenó a la Provincia continuar con el trámite de la acción, demorado por más de 3 años, por las diferentes instancias del Poder Judicial de la Provincia. Cabe destacar que el Lof Casiano-Epugmer, en ejercicio de autonomía política no ha registrado su personería jurídica ni a nivel provincial ni nacional.

Tras demorar por 3 años el trámite del juicio, la Cámara Civil²⁶⁹ volvió a suspender el trámite del juicio.

En una interpretación claramente regresiva y contra-indígena de la ley N° 26.160, sostuvo que la suspensión del artículo 2 —que sólo suspende los desalojos indígenas, debía aplicarse de oficio en el caso porque se pedía el desalojo de un tercero —no indígena—. El Tribunal motivó la suspensión en que debía hacerse el relevamiento del artículo 3 de la ley N° 26160 justificándolo en que el Lof pidió el reconocimiento judicial como prueba así como la delimitación, mensura, reconocimiento y restitución del predio. ¿Por qué no le ordenó al estado cumplirlo con un plazo perentorio? ¿Es ello compatible con el estándar del plazo razonable? ¿En qué parte de la ley N° 26.160 dice que se suspenden los actos procesales tendientes a reconocer, delimitar o investigar despojos indígenas? Desde la suspensión, el estado no ha llevado adelante el relevamiento ni la investigación del despojo.

²⁶⁵ Autos caratulados: "LOF, CASIANO s/ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 20832/06-STJ-), sentencia del 28-2-2006 Víctor H. SODERO NIEVAS, Alberto I. BALLADINI y Luis LUTZ

²⁶⁶ CSJN, —Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta – Ministerio de empleo y la producción s/ amparo del 30 de septiembre de 2008, C.2124. XLI, p.4

²⁶⁷ Los autos caratulados: "LOF CASIANO c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", expte. N° 00164-017-2005 (reg.cám) de la Cámara Civil y Comercial de S.C. de Bariloche

²⁶⁸ CSJN "LOF CASIANO c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO." (RHE) S.C., L.1317, L.XLII. 15-07-2008 - Fallo L. 1317. XLII.

²⁶⁹ Interlocutoria del 3 de agosto de 2009 resolvió: "1ro.) declarar la aplicabilidad de la Ley 26.160 a la presente causa; 2do.) consecuentemente, suspender el trámite de la misma hasta el vencimiento del plazo previsto por la Ley 26.160". Osorio, Camperi, Escardó.

El Caso Consejo Asesor Indígena vs. Provincia de Río Negro (2009-2014)

Además de tratarse de un caso de gran relevancia por la extensión de superficie en juego y por ser un caso colectivo, la trascendencia de este caso es que superó la limitación del caso “Lof Casiano-Epugmer”, distinguiendo entre el alcance del relevamiento de la Ley N° 26160 como medio meramente probatorio de las disposiciones de la ley N° 2287 que imponen al estado obligaciones de reconocer e investigar despojos territoriales en Río Negro.

Tras haber agotado sus reclamos administrativos ante el CODECI y ante el Ministerio de Gobierno sin obtener respuestas, en septiembre del año 2009 diez comunidades Mapuche representadas por el CAI interpusieron una demanda colectiva contra la Provincia de Río Negro²⁷⁰ con el objeto de que se declarase la 1) omisión estatal de disponer el reconocimiento definitivo del territorio mapuche que las comunidades indígenas tradicionalmente ocupan; la 2) omisión de constituir la Comisión prevista en los artículos 12 y 13 de la ley N° 2287, incumplimiento del Convenio 169 de la OIT y de normas supranacionales; a efectos de proceder a la investigación de irregularidades dominiales y/o administrativas que pudieran representar despojos del territorio Mapuche; 3) omisión de otorgarles tierras aptas y suficientes (Convenio 169 OIT, artículo 75 inc. 17 CN y artículos 15 y sgts. de la ley N° 2287); la 4) omisión de desalojar en forma preventiva a los intrusos u ocupantes irregulares denunciados por esa parte, omitiendo todo lo expuesto en un plazo razonable.

El objeto perseguido por el actor consiste en que se declare la responsabilidad estatal por las omisiones precitadas, ordenando su inmediata reparación integral y declarando la nulidad absoluta e insanable de los actos administrativos otorgados en pos del despojo de las tierras tradicionalmente ocupadas por los Lof y comunidades indígenas. Asimismo, peticiona se intime en plazo perentorio, al gobierno provincial que adopte las medidas adecuadas (artículo 2 Convenio 169 OIT) con la participación y consulta previa al CAI para repararlas.

Para lograr la exención del pago de tasas e impuestos de justicia, el CAI invocó la jurisprudencia del STJ en el caso “COMUNIDAD INDIGENA “KUME PEUKE MAPUCHE”²⁷¹.

El 12 de abril de 2011, luego de más de un año de inactividad y demoras injustificadas, la Cámara aplicó el mismo criterio del caso Lof Casiano-Epugmer, suspendiendo el trámite del juicio, ignorando el pedido de investigación por la ley N° 2287 y condicionando su avance al cumplimiento del relevamiento del artículo 3 de la ley N° 26160 o al vencimiento del plazo para realizarlo, el cual había sido prorrogado por ley

²⁷⁰ Tramita por autos caratulados “CONSEJO ASESOR INDIGENA (C.A.I.) / PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Expediente N° 00345-039-09 de la CAMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL S.C. DE BARILOCHE

²⁷¹ STJRNSC: SE. <80/08> “COMUNIDAD INDIGENA “KUME PEUKE MAPUCHE” c/ N., N. y Otros s/ORDINARIO - REIVINDICACION s/CASACION” (Expte. N° 22797/08 - STJ-), (18-11-08). SODERO NIEVAS – LUTZ- BALLADINI (en abstención). “... la noción de “preexistencia” étnica y cultural de los pueblos indígenas, introduce un nuevo paradigma que permite abordar la cuestión como una rama particular y única del derecho positivo, generando una obligación a cargo de los Estados a efectos de llevar adelante políticas públicas y una legislación con rasgos de discriminación positiva, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las comunidades (conf. RODRIGUEZ DUCH, Darío: “El derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales”, Ponencia presentada en el Seminario Judicial Patagónico sobre el Derecho de las Comunidades Originarias, Viedma, 28 al 30 de octubre de 2004). (Voto del Dr. Sodero Nievas)”. Este caso fue el precedente previo a la sanción de la ley 4744 que concede a las comunidades indígenas el beneficio de litigar de oficio sin gastos para sus reclamos colectivos.

Nº 26554 hasta el mes de noviembre de 2013. Contra la suspensión del juicio el CAI interpuso recurso de apelación.

En el recurso se detallaron como agravios las situaciones que padecían los miembros de las comunidades, entre ellas, decenas de casos de criminalización por usurpación²⁷², interdictos²⁷³, juicios de desalojo²⁷⁴ impulsados incluso por el estado Provincial cuya generalidad, gravedad y sistematicidad demostraban incongruencia de postergar el juicio donde el propio estado debía garantizar sus derechos.

Los Jueces del STJ iban tomando conciencia que exponían seriamente a la Provincia a volver a ser uno de los tristes ejemplos de incumplimiento de los Derechos indígenas frente a los organismos internacionales de control de los tratados²⁷⁵.

Si bien excede las posibilidades de este trabajo relatar aquí esos casos de desalojo, vale la pena consultar el informe conjunto presentado por el GAJAT-ODHPI-CELS y la AADI ante el Relator de las Naciones Unidas “La Agenda Pendiente”²⁷⁶ que toma varios de los agravios incluidos en el recurso de apelación contra la suspensión del juicio contencioso contra la Provincia. Se destaca la cita del ejemplar el análisis que realizó la Cámara Segunda en lo Criminal de Bariloche en la causa “LOPEZ, Clemente y SAYHUEQUE, Hipólito²⁷⁷ S/ usurpación”, autos Nº 082-2008, sentencia del 28 de Mayo de 2009 (Voto del Dr. Miguel Angel Lara) considerando en sus fundamentos la

²⁷² Los primeros fueron expuestos en mi ponencia presentada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal en Buenos Aires y publicada posteriormente. KOSOVSKY, Fernando “Desconocimiento territorial y usurpación en Río Negro, en La Justicia Penal en las comunidades originarias”. DA ROCHA, DE LUCA COORD. AD-HOC. 2010. P. 169-200. Pero luego hubieron muchos otros: como la orden del 15 de abril del 2011, del entonces titular del Juzgado de Instrucción Nº 6 de Bariloche, Dr. Miguel A. Gaimaro Pozzi, en la causa, “MURGIC...S/ TURBACIÓN...-COMUNIDAD MAPUCHE JM PICHON”, Expte. Nº S11-09-0218, quien procesó a seis miembros de la Comunidad y ordenó cautelarmente su desalojo y la restitución a ENFOR S.A.. Apelada, y revocada el 17 de octubre de 2011 por la Cámara 1ª Criminal de Bariloche-. Causa A1-2011-3948.: “MURGIC ALBINO S/ QUEJA (CAUSA MURGIC ALBINO S/ DCIA.)”. El mismo juez en un proceso por amenazas, sin pruebas ni testigos, ordenó como medida cautelar el desalojo con la fuerza pública de miembros del Lof Prafil-Calfupán, en los autos caratulados “Prafil Crescencio y Yáñez César y otros s/ amenazas calificadas y usurpación”, Expte s. 11-11-0309, destruyéndoles sus rukas entre los días 6 y 7 de octubre de 2011. A pesar de no haberse hallado armas en el allanamiento, la orden de desalojo fue renovada por el Juez de Instrucción Dr. Ricardo Calcagno en fecha 21-11-2012. La misma fue finalmente revocada por la Cámara Segunda en lo Criminal en autos “Prafil Crescencio y Yáñez César y otros s/ amenazas calificadas y usurpación” Expte Nº 11-229-A el de agosto de 2013, en el cual se resolvió como “...oportuno recomendar al juez de instrucción abstenerse de disponer medidas de desalojo, en tanto que cualquier situación reivindicatoria o vinculada a la posesión o tenencia deberá tramitarse en sede civil, como viene ocurriendo en autos “CONSEJO ASESOR INDÍGENA (C.A.J.) I PROVINCIA DE RIO NEGRO SI CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Expediente Nº 00345-039-09, que tramitan por ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de esta Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro”. Estas sentencias se refieren solo a las Comunidades de la demanda colectiva. Su cúmulo –pues no fueron las únicas ni las últimas donde se ordenaron desalojos a indígenas sobre sus tierras tradicionalmente ocupadas– revela las graves consecuencias por la falta de garantías de la propiedad comunitaria indígena ante la ignorancia casi generalizada del derecho de los jueces.

²⁷³ LAS CHINITAS S.A. AGROPECUARIA C/ LINARES BENITO Y OTROS S/ INTERDICTO DE RETENER (SUMARISIMO) (27766-08)” que tramitan por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 3 de la IIIa Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro

²⁷⁴ “PROVINCIA DE RIO NEGRO C/ VALLE, NICOLAS Y OTROS S/ DESALOJO -SUMARISIMO- (08392-09) (ver nota Nº 20).

²⁷⁵ Document No. (ilolex): 162008ARG169 del 12-11-2008 - Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), Ver las recomendaciones del punto D. Párrafos 100.

²⁷⁶ INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ARGENTINA: LA AGENDA PENDIENTE” PRESENTADO ANTE EL RELATOR DE PUEBLOS INDÍGENAS JAMES ANAYA –DICIEMBRE 2011–. Allí se detallaron los desalojos ordenados por los Tribunales judiciales en Río Negro a las Comunidades Mapuche parte en este juicio: Pedraza Melivilo (2006), Sayhueque (2008), Ponce-Luengo (2009), José Manuel Pichún (2009) entre muchos otros. En el párrafo 53 de su informe “ANAYA, James. (2012). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Argentina. A/HRC/21/47/Add.2., 4 de julio de 2012, reflejó: “53. La grave inseguridad jurídica de tierras indígenas se ha reflejado en el alto número de desalojos de comunidades indígenas. La mayoría de estos desalojos han sido producto de órdenes judiciales de tribunales provinciales en donde se acusa a miembros de pueblos indígenas de usurpación de terrenos privados. En algunos casos, no hubo previo aviso a las comunidades afectadas, y los desalojos fueron dictaminados en procedimientos en que las comunidades no tuvieron la oportunidad de defensa. Existen casos en que los operativos de desalojo ocasionaron la destrucción de viviendas y propiedad, incluyendo animales de cría y cultivos, de miembros de pueblos indígenas. 54. Preocupa que la mayoría de estos desalojos hayan ocurrido después de la entrada en vigencia de la Ley 26160 de 2006.”.

²⁷⁷ Ambos imputados son integrantes de la Lof Sayhueque, que es parte actora en el juicio “CAI c Provincia de Río Negro”.

investigación que exige realizar la ley N° 2287 para resolver el caso al momento de definir cuál es el bien jurídico tutelado. Luego de desmenuzar y exhibir el origen irregular de los derechos invocados por el querellante –que tenía un título de propiedad–, concluyó que su derecho había sido adquirido irregularmente con el concurso de funcionarios de la Dirección de Tierras, en detrimento y desconociendo los derechos de los indígenas imputados. Esa adquisición, era subjetivamente desconocida y, por ende, inoponible a los Mapuche en los términos del artículo 181 del Código Penal²⁷⁸.

El 21 de marzo de 2012 el Superior Tribunal de Justicia²⁷⁹ hizo lugar al recurso de CAI, dejándose sin efecto la suspensión y continuándose el trámite del juicio. En sus fundamentos, el máximo tribunal sostuvo que:

“Si bien en el caso la suspensión de autos está fundada en una ley nacional de orden público, frente a la cual los magistrados deben avocarse a su tratamiento aún de oficio, lo cierto es que del objeto de la demanda se advierten en el caso distintas pretensiones que deberán sustanciarse por no afectar el objeto protegido por la ley N° 26.160.

Efectivamente, de la demanda obrante a fs. 1/57 vta. surge que se acciona en pos de lograr la responsabilidad estatal por las omisiones incurridas, ordenando su inmediata reparación integral, exigiendo además la declaración de nulidad de diversos actos administrativos de los que derivaron tales perjuicios. Además, se peticiona se compele en el plazo perentorio al gobierno provincial para que adopte las medidas adecuadas (artículo 2 Convenio 169 OIT) con la participación, y consulta previa del C.A.I. Como puede advertirse, son diferentes pretensiones las perseguidas en la demanda. De allí que asiste razón al apelante.

Expuestas estas consideraciones, corresponderá hacer lugar a la apelación incoada y revocar la resolución recurrida, reenviando las actuaciones a la Cámara a fin que dé continuidad al proceso contencioso administrativo y oportunamente verifique el encuadre de cada una de las pretensiones de la actora con la ley N° 26160.”

El 1-2-2013 la Provincia de Río Negro contestó pidiendo el rechazo de la demanda y que se declarase de puro derecho la cuestión. Corrido el traslado, con fecha 25-2-2013 el CAI se opuso, pidiendo la apertura de la etapa de prueba. Rechazado el pedido de la Provincia de que se declare de puro derecho, se citó a la audiencia de prueba. A principio de 2014, el abogado de la Fiscalía de estado volvió a requerir la suspensión del juicio invocando la doctrina del caso “Lof Casiano”. Inexplicablemente, se corrió traslado de este pedido que reeditaba la cuestión ya resuelta por el STJ, cuando debió ser rechazado in límine. Contestado el traslado, la Cámara rechazó el planteo estatal, llamando la atención a la Provincia por haber formulado un planteo puramente dilatorio²⁸⁰.

Desde el 12-5-2014 el caso está en etapa de prueba.

²⁷⁸ “...2.7.6. La ley 2287 sobre población indígena en el art 58, establece “En caso de duda sobre la interpretación, aplicación o alcance de esta ley, los encargados de aplicarla, decidirán en el sentido más favorable al indígena; como el subjúdice, se relaciona a lo dispuesto a su vez en los artículos 11/23 sobre propiedad de la tierra entiendo que el sobreseimiento (fs. 128/13) es apropiado habida cuenta de lo citado, y de lo normado tuitivamente en el art 10 y ctes. del Convenio de la OIT, y el art 43 y ctes. de la Res-. De la ONU, ya que en estos términos y ante el surgimiento del nuevo derecho, no se puede hablar de dolo”.

²⁷⁹ “CONSEJO ASESOR INDIGENA (C.A.I.) C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO S/ APELACIÓN” (Expte. N° 25632/11-STJ) – voto del Dr. Víctor H. SODERO NIEVAS y concurriendo el Dr. Roberto H. Maturana.

²⁸⁰ Interlocutoria del 21-3-2014. “la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, RESUELVE: I) Rechazar el pedido de suspensión del procedimiento formulado por la Provincia. II) Llamar la atención a la demandada por haber formulado un planteo puramente dilatorio. III) Imponer a la Provincia las costas de lo resuelto...”. Voto del Dr. Carlos Cuellar – Adhiere el Dr. Emilio Riat.

Además de poner en evidencia las diferencias entre el alcance limitado de la ley N° 26.160 y la amplitud de la ley N° 2287 como procedimiento de investigación, delimitación, mensura y reconocimiento, así como para la asignación de otras tierras aptas y suficientes, este caso allanó el camino para tramitar sin demoras los reclamos territoriales de los Mapuche, poniendo en evidencia la actitud dilatoria estatal.

7. EL CASO COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS VS PROVINCIA DE RÍO NEGRO Y OTROS

Otro significativo avance en la implementación de la PCI es el de la Comunidad Mapuche Las Huaytekas cuyo territorio tradicional está situado en los Parajes El Foyel y Los Repollos, cercanos a la localidad de El Bolsón. Al igual que en los casos anteriores “Las Huaytekas” había reclamado al Co.De.C.I el reconocimiento territorial y la investigación de los despojos.

La diferencia es que, ante las demoras y omisiones del Co.DE.C.I, esta Comunidad había logrado que el INAI realizara en forma directa el relevamiento de artículo 3 de la ley N° 26.160 largamente demorado por el CODECI, organismo que no respondía los reclamos de la Comunidad basados en la ley N° 2287.

Así, habiéndose cumplido dicho relevamiento y agotada la vía administrativa, la Comunidad promovió demanda contencioso-administrativa contra la Provincia de Río Negro y contra todos los particulares que, en la carpeta técnica, aparecían como titulares de partes de las tierras tradicionalmente ocupadas y cuyo reconocimiento, delimitación, mensura, registración y titulación como propiedad comunitaria indígena demandaba al estado.

Este caso fue el primero donde se reflejaron los cambios positivos que había generado el precedente de “Consejo Asesor Indígena vs Provincia de Río Negro”, incidiendo tanto en la forma, tiempos y capacidad de entendimiento del Poder Judicial frente a los reclamos territoriales indígenas.

El primero de esos cambios es el temporal. La demanda fue interpuesta el 12 de junio de 2013 ante el mismo Tribunal que había demorado entre 2 y 4 años en los casos anteriores, en menos de 2 meses habilitó la vía contencioso administrativa. En esta ocasión sostuvo:

“...2: Atento a las singulares características de la acción intentada, dónde entran en juego los derechos humanos de los pueblos originarios y habiéndose acreditado el agotamiento del reclamo administrativo previo con la instrumental acompañada por la actora –que obra reservada en la secretaría de esta Cámara bajo sobre N° 335/13– dónde constan los reiterados “pronto despacho” referidos al recurso jerárquico, presentados ante la administración sin recibir respuesta alguna, corresponde adoptar un criterio amplio y favorable a la habilitación de esta vía contenciosa administrativa y tener por competente a este Tribunal (conf. Criterio “Consejo Asesor Indígena (C.A.I.) c/ Provincia de Río Negro s/ contencioso administrativo”, expte. N° 00345-039-09).

*Ello así, toda vez que de decidirse lo contrario, implicaría una flagrante violación al derecho de petionar ante la justicia*²⁸¹.

El segundo aspecto destacado de la misma resolución, es que en ella se hizo lugar al flamante beneficio del artículo 78 bis del CPCC²⁸², reconociendo el carácter colectivo de los derechos territoriales. Siendo una obligación que el estado debe garantizar, respetando la identidad étnica preexistente, se facilita a los indígenas el trámite de reclamo territorial, evitando que deban producir las pruebas y trámites de “pobreza” que a las personas sin recursos se obliga a cumplir.

El tercer cambio positivo fue que desde el inicio el Tribunal comprendió que el derecho de propiedad comunitaria indígena en Río Negro se instrumenta a partir de la vigencia de la ley N° 2287 a través del mecanismo especial que esta ley regula.

En función de ello, ordenó notificar la demanda a la Legislatura Provincial²⁸³ que, en función de lo normado en los artículos 13 al 16 de la ley N° 2287 debe adoptar las medidas adecuadas, toda vez que el estado provincial podría ser condenado a restituir las tierras y conminado a realizar el procedimiento de expropiación en plazo perentorio –y los particulares verse involucrados en el trámite–. La acción contencioso administrativa implica la revisión de los trámites administrativos. Advirtiéndose la existencia de despojos territoriales por lesión enorme o subjetiva, entonces la Fiscalía de Estado deberá realizar las acciones “que correspondan” en los términos del artículo 13 de la ley N° 2287 (por ej. Desalojo del artículo 95 ley N° 279; acción de lesividad; etc.). De allí que ambos poderes estatales están activamente involucrados en el juicio.

Otras particularidades del caso relacionadas con la garantía de la propiedad comunitaria que interesan destacar es que su disfrute estaba gravemente amenazado por múltiples factores: se habían ordenado desalojos²⁸⁴ contra integrantes de la Comunidad que ocupaban las tierras reclamadas por ella. Esos desalojos se emitieron en los diversos juicios civiles, como interdictos posesorios y penales por delitos usurpación y otros delitos vinculados a la ocupación del territorio, en distintos puntos del territorio. El estado provincial –sin consulta ni participación previa a la Comunidad– había creado un Área Natural Protegida en el territorio Mapuche reclamado donde el Estado realizaba la implementación de la Ley de Presupuestos Mínimos de Bosque Nativo sin la consulta y participación de la Comunidad. Allí se habían autorizado varias transferencias irregulares²⁸⁵ de tierras a favor de terceros²⁸⁶. Una de ellas luego obtuvo además el

²⁸¹ “COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS C / PROVINCIA DE RIO NEGRO Y OTRAS S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Expediente N° 00502-059-13, Interlocutoria del 6-8-2014.

²⁸² La Legislatura de la Provincia sancionó la ley N° 4777 (Boletín Oficial: 26/07/2012. N° 5060):

Artículo 1º. Incorpórase como artículo 78 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (ley P nº 4142), el siguiente texto: “Artículo 78 bis. Las comunidades indígenas asentadas en la República Argentina y sus organismos representativos, conforme definiciones adoptadas por las leyes nacionales y por la ley provincial D nº 2287, gozarán en la provincia del beneficio de gratuidad en los procedimientos judiciales donde se reclame el ejercicio de derechos de incidencia colectiva. La gratuidad aquí dispuesta comprende la exención, de pleno derecho, del pago de impuestos, sellado de actuaciones, costas y gastos, cualquiera fuere el resultado del proceso”.

²⁸³ Por la ley provincial N° 4744 del año 2012 se creó la Comisión Investigadora para el Relevamiento de Transferencias de Tierras Rurales en el ámbito de la Provincia de Río Negro con el fin de investigar si las tierras fiscales fueron transferidas regularmente. Esta Comisión dictaminó en varios casos donde hay indígenas involucrados, la obligación de cumplir con la ley 2287.

²⁸⁴ Autos “MARTINEZ PEREZ, JOSE LUIS C/ PALMA. AMERICO Y OTROS – INTERDICTO DE RECOBRAR. SUMARISIMO – S/ MEDIDA CAUTELAR, Expte 9913-10 del Juzgado Civil N° 5 de Bariloche la que tramitó por Expte N° 16130-112-11 de esta Cámara y cuya suspensión la CSJN resolvió al admitir el recurso de queja que tramita por expte 466-2013, pendiente de resolución. Sobre el mismo predio se tramitó el juicio penal “Ñancunao Mirta y Palma Ester y otros s/ usurpación” Causa S3-393-10 del Juzgado de Instrucción N° 2 de Bariloche.

²⁸⁵ LEGISLATURA DE LA PROVINCIA. Dictamen de la Comisión de la Ley 4744 - Expediente N° 1307/2012 (investigación de transferencias a favor de Oscar Mollo en el lote 78 de la sección IX de ésta Provincia), referidos a tierras despojadas a la Lof

permiso de la autoridad ambiental para la construcción de un “country” –sin estudio de evaluación de impacto ambiental– en el territorio Comunitario, drenando y poniendo en peligro la sustentabilidad del “Cipresal de las Huaytekas” un bosque único en el mundo donde se ubica el Rewe (Espacio Sagrado) de la Comunidad. Y en las mismas condiciones, en otro sector del territorio comunitario, particulares e incluso la empresa ENFOR S.A. de capital estatal mayoritario realizaban extracciones forestales con permiso de la autoridad forestal siempre sin consentimiento, consulta ni participación de la Comunidad.

Ante semejante marco de conflictividad, la Comunidad petitionó como accesorias a la demanda principal, la adopción de medidas especiales de salvaguarda del artículo 4 del Convenio 169 de la OIT y otras medidas cautelares basadas en las recomendaciones de la O.I.T. en materia de protección del territorio y los recursos. Luego de recibir la información sumaria aportada por la Comunidad, el Tribunal realizó una inspección ocular en el territorio constatando tanto la ocupación tradicional como las afectaciones denunciadas.

El 17 de diciembre de 2013 la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial IIIA. Circunscripción²⁸⁷ hizo lugar a todas las medidas peticionadas por la Comunidad. En esta sentencia sin precedentes, sostuvo que:

Ñancunao-Barría (Veneralda Barría Vda de Ñancunao) y Expte N° 1089/2013 referido a las Parcelas NC: 20-1-485650, (Parcela 480610) y 20-5482 (Parcela 485650). Superficies: Parcela 480610: 274 has, 42 as, 15 cas. Parcela 485650: 15has, 73 as, 25 ca, 21 dm².

²⁸⁶ LEGISLATURA DE LA PROVINCIA. Dictamen de la Comisión de la Ley 4744 - Expediente N° 1432/2012, (apartado VI) se concluyó que: “Tras analizar los Expedientes N°. 12341/1967 DT 110.881/936 y 100.956/960 de la Dirección de Tierras referidos al lote 83 de la sección IX del Paraje “El Foyel”, concluyó en que los permisos de ocupación extendidos fueron actos viciados de nulidad absoluta e insanable (artículo 19 de la ley 2938 LPA), procediendo la revisión prevista por el artículo 25 de la LPA. ...En función de todo lo expuesto, y del análisis del expediente, se puede concluir que, a priori, nos encontramos frente a una accionar ilegal por parte de la Dirección de Tierras que con su conducta irregular ha vulnerado la voluntad de la Administración convirtiéndola en una voluntad viciada, lejos de respetar el espíritu propio y esencial del régimen legal de tierras fiscales, tal como lo describe la manda constitucional en su art 75: “La Provincia considera la tierra como instrumento de producción que debe estar en manos de quien la trabaja, evitando la especulación, el desarraigo y la concentración de la propiedad...” Este es el principio rector con el cuál debe interpretarse el régimen legal de tierras fiscales prescripto en la ley 279. Entendemos que se actuó arbitrariamente y en perjuicio de los antiguos pobladores del lugar, que hoy se encuentran siendo perjudicados por el proyecto de urbanización antedicho.

La aprobación por parte de la Dirección de Tierras de las cesiones realizadas se encuentra lejos del principio rector que manda la Constitución, plagada de irregularidades y actos administrativos susceptibles de ser declarados nulos de nulidad absoluta en los términos de los artículos 19, 21 y 25 y cuya consecuencia legal ineludible sería revisar el acto administrativo en virtud de las graves irregularidades administrativas.

Por otra parte, estando en vigencia la ley 2287 que establece como prioritaria la asignación de las tierras a comunidades indígenas, la Dirección de Tierras de la Provincia prescindió por completo de la asignación de dichas tierras a las familias de la Comunidad de Las Huaytekas, a sabiendas de que tenían un orden preferente (artículo 20).

Ahora bien, atento que los lotes 82 y 83 de la sección IX del Departamento de Bariloche se encuentra dentro del relevamiento realizado por el CODECI a la comunidad “Las Huaytekas” en el marco de la ejecución de la ley 26160, y siendo que el mismo INAI relevó como de ocupación ACTUAL, TRADICIONAL Y PUBLICA a las 200 hectáreas de tierra que la Provincia la transfirió a Zilberberg, se propone elevar el presente dictamen al Fiscal de Estado para su análisis e investigación, proponiendo, siempre que el Sr. Fiscal lo estime apropiado, se ejecuten las siguientes medidas:

1. Analizar de manera conjunta la situación de las transferencias realizadas sobre los demás lotes de la comunidad por tratarse de un territorio comunitario. Para ello, incorporar la copia de la carpeta técnica labradas por el Programa de Relevamiento Territorial del INAI en el marco de la ejecución de la ley 26.160.

2. Requerir de la Autoridad de Áreas Naturales Protegidas, de la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Río Negro, las actuaciones que se hubieren labrado y los dictámenes del área existentes en relación con el área en cuestión (lotes 82 y 83 de la Sección IX del Departamento Bariloche).

En virtud de lo expuesto, se eleva el presente dictamen a la Fiscalía de Estado a fin que tome debida nota de las irregularidades presentes en el expediente administrativo de referencia e inicie las acciones legales necesarias, destinadas a obtener la declaración judicial de nulidad absoluta de los actos administrativos adjudicantes dictados por la Dirección de Tierras de la Provincia y en base a la violación de las leyes 279, 2287 y 2938”. La Comisión consideró que: “existe una ilegitimidad de origen en el otorgamiento de la tierra en cuestión, toda vez que el propósito de los permisionarios originales no fue el de forestar, ni el de ocupar productivamente el predio, ni el de radicar allí a la familia. Antes bien fue el de especular a través de un gran negocio inmobiliario, violando ostensiblemente los criterios de la ley 279 y de la Constitución Provincial y defraudando a la administración pública”.

²⁸⁷ “Comunidad Mapuche Las Huaytekas s/ Cautelar” Expte. N°:00503-059-13. Integración Edgardo Camperi, Juan Lagomarsino (subrog.) y Rubén Marigo.

“...nos encontramos ante un pedido formulado por una comunidad originaria que ha resultado reconocida constitucionalmente –artículo 75, inc. 17 C.N– y que, en definitiva se tiende a lograr un estado de “preservación” del objeto, no se visualiza inconveniente alguno en acceder a la pretensión de los reclamantes.

Asimismo, si todo lo relacionado con las medidas cautelares ha de observarse con un criterio amplio, favorable a su concesión y no con uno restringido que obstaculice su viabilidad, más aún en un caso como el que nos ocupa, donde –reiteramos– nos encontramos ante la tutela de un interés especial de comunidades que han recibido un tratamiento históricamente desfavorable, creo que debe ponderarse favorablemente la solicitud que nos ocupa.

Por último, ha de señalarse que el Tribunal se hubo constituido en el lugar, realizando una exhaustiva recorrida del mismo y apreciando las particularidades de la cuestión y la situación de riesgo en que se encontrarían los intereses de la comunidad y que es preciso garantizar, apreciando toda esta problemática con el prisma adecuado para valorar la situación de comunidades que se encontrarían, lamentablemente, en situación de inferioridad. Conforme incluso por lo dispuesto por las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Por lo expresado y de compartirse mi opinión, propongo admitir las distintas medidas cautelares peticionadas, a saber: a) disponer la anotación de litis tal como se pide al punto 1; b) prohibir la inscripción de transferencias tal como se pide al punto 2; c) prohibir a la Provincia de Río Negro la emisión o renovación de permisos o certificados de ocupación y la adjudicación en venta; d) prohibir a los organismos provinciales o municipales señalados al punto 4 avanzar en trámites de proyectos que puedan impactar los recursos naturales existentes; e) decretar medida de no innovar en trámites y obras de los proyectos en ejecución, ordenando la paralización total de las obras del Consorcio Parcelario Solares de la Comarca; f) suspender los permisos otorgados y prohibir la emisión de nuevas autorizaciones de aprovechamiento forestal o de guías para el transporte de productos forestales o la tramitación a favor de terceros; g) suspender el trámite e implementación de todos los planes de Manejo de la Ley de Presupuesto Mínimo de Bosques Nativos que involucren tanto a privados como a ocupantes fiscales ajenos a la comunidad; h) suspender la ejecución de todo acto que tenga por objeto desalojar a personas que integran la Comunidad; i) imponer a la Provincia, a través de los organismos correspondientes, el otorgamiento de boletos de marcas y señales a las personas y Lof que integran la Comunidad, como asimismo permisos y guías de transporte que requiere para el aprovechamiento forestal comunitario y autorizaciones de quema de los residuos y permisos para la utilización de veranadas cercan²⁸⁸. Todo bajo caución juratoria de la “Comunidad Mapuche Las Huaytekas” hasta que se dicte sentencia“.

Esta medida no tiene precedentes en la Provincia. Se encuentra vigente. Fue recurrida por algunos demandados y está firme respecto de otros.

²⁸⁸ Document No. (ilolex): 162008ARG169 *supra* cit.. “D. Recomendaciones del Comité” ... 100... e) solicite al Gobierno que en el marco de la implementación de la ley núm. 26160 despliegue esfuerzos sustanciales para identificar, en consulta y con la participación de los pueblos indígenas de la provincia de Río Negro: 1) las dificultades en los procedimientos de regularización de las tierras y para elaborar un procedimiento rápido y de fácil acceso que responda a las exigencias del artículo 14, apartado 3, del Convenio; 2) la cuestión del canon de pastaje de acuerdo a lo indicado en el párrafo 92 de esta reclamación; 3) los problemas para la obtención de la personería jurídica, y 4) la cuestión de las comunidades dispersas y sus derechos sobre la tierra; f) solicite al Gobierno que despliegue esfuerzos para que en la provincia de Río Negro se adopten medidas, incluyendo medidas transitorias, con la participación de los pueblos interesados, para que los crianceros indígenas puedan acceder fácilmente a los boletos de marcas y señales y ejercer en igualdad de condiciones su actividad de crianceros y para fortalecer esta actividad en los términos del artículo 23 del Convenio, ...”

8 REFLEXIONES ACERCA DEL PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE LA PCI EN RIO NEGRO (2013)

Habiendo comprendido los orígenes políticos y normativos de la PCI en Río Negro, arribamos primer proyecto provincial posterior al a reforma de 1994 para su instrumentación. Su texto completo se Anexa al final de este libro²⁸⁹.

8.1. La exposición de Motivos

Es muy interesante resumir los fundamentos del proyecto, pues nos ayudará a advertir varias de las inconsistencias de la parte resolutive.

El primer detonante de atención es que, según explican, tomaron como base el proceso realizado por la Comisión del Decreto PEN N° 700/10 de Análisis e Instrumentación el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Especialistas en Derecho Indígena como los Dres. Salgado y Gomiz que asistieron técnicamente a las organizaciones indígenas que participaron de los trabajos de redacción de esa Comisión, formularon diversas observaciones a ese Proyecto, sin que hayan sido consideradas ni incluidas. La omisión de considerar estas opiniones calificadas explican las varias inconsistencias de los proyectos en relación a los altos motivos declamados.

En efecto, son muy loables los propósitos y las visiones de los legisladores autores del proyecto. Advierten que si bien la PCI en su alcance y garantías del artículo 75 inc. 17 es operativa, su propuesta de regulación provincial, con razonabilidad, concordancia “con los principios y garantías de la Constitución Nacional”, en respeto de la jerarquía normativa (artículos 5; 28, 31 y 33 CN), está avalada por las facultades concurrentes al final del artículo 75 inc. 17 de la CN, y se motiva en la necesidad que lograr un cambio sustancial no solo del discurso estatal, sino, fundamentalmente, en la acción del estado en relación con los pueblos indígenas.

Postulan que la instrumentación de la PCI significa una ruptura con la política estatal que viene fomentando la disgregación de las Comunidades a través de la entrega de permisos o títulos individuales, para sustituirla por la propiedad comunitaria de las tierras: la tierra no **“será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...”**

Un aspecto destacable en los fundamentos del proyecto es que afirma que la PCI es una garantía vinculada al reconocimiento de la identidad colectiva como pueblos preexistentes²⁹⁰ diferenciándola de las formas civiles de propiedad²⁹¹. Declaran los legisladores que:

²⁸⁹ Ver Anexo Expediente N° 433-2013.

²⁹⁰ Citan a Elena Highton, quien considera que la “propiedad” indígena participa “de las características de los bienes del dominio público”, ajena al derecho privado.

²⁹¹ “Identificar la propiedad comunitaria indígena con las formas tradicionales de propiedad, importa desconocer las profundas diferencias que existen entre ellas”, sostienen por su parte, Alterini, Corna y Vázquez “Se trata en realidad de un derecho colectivo sobre un espacio territorial cuya denominación como “propiedad” no puede interpretarse con los parámetros del derecho privado. Sin embargo, respecto de los particulares extraños y el Estado, la “propiedad” indígena tiene como mínimo todas las garantías de la propiedad privada. Ref: Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT –Anotado y Comentado–, página 186.

“constituye un acto de reparación en tanto significa una devolución de las tierras indígenas a quienes les pertenece, a fin de constituir las bases de una provincia intercultural que reconozca a la cultura mapuche como parte integrante y fundamental de una provincia más justa e igualitaria”.

Indudablemente que el sólo hecho de debatir este Proyecto es un avance muy significativo en las políticas estatales provinciales estancadas hace casi 2 décadas. Sin embargo, no podemos dejar de advertir como aporte para su mejora, que tal como está formulado, el proyecto adolece de importantes inconsistencias constitucionales que deberán subsanarse a fin de lograr la efectiva la protección jurídica de los territorios.

Un dato diferenciador con respecto al Proyecto de regulación en el proceso de reforma del Código Civil del año 2012 es que en Río Negro se ha iniciado un proceso de consulta y participación previa en el cual se está difundiendo el proyecto. Dirigentes indígenas involucrados en el proceso han advertido la importancia de contar con dictámenes especializados como insumos para ser difundidos a través de las organizaciones, comunidades y representantes indígenas a fin de facilitarles los elementos de conocimiento para poder opinar con información previa (art. 6 del Convenio 169 de la OIT). Al mismo tiempo, sería importante que en el marco del proceso de consulta y participación se realicen Debates públicos donde especialistas, referentes y legisladores, puedan exponer e intercambiar ideas acerca de los aspectos más relevantes para ayudar a formar su opinión a la Comisión Redactora. Sería esencial que tales debates sean registrados y difundidos por medios audiovisuales permitiendo su acceso masivo por los medios televisivos o radiales a la población indígena. Un buen ejemplo de ello, justamente, el Proceso de Debate sobre el Proyecto de Ley de Consulta y Participación Previa a Nivel Nacional²⁹², donde se generó el insumo de la versión taquigráfica. La facilidad que ofrece hoy la tecnología para registrar y difundir audiovisualmente estos debates permite llegar con muy bajo costo a una gran cantidad de personas, muchas de las cuales no saben leer pero que al recibirlo por la radio, que es generalmente el único medio que se oye en el campo donde habita gran parte de la población interesada, y que encuentra allí su única fuente de información como condición para poder participar. En este contexto, la falta de difusión resiente la legitimidad de la consulta, derecho fundamental sistemáticamente violentado por los estados, derecho que *“...significa uno de los principales ejercicios de la autonomía de la libre determinación de los pueblos indígenas que garantizan la Constitución y los tratados internacionales”*²⁹³.

²⁹² CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN. REUNIÓN DE LA COMISIÓN DE POBLACIÓN Y DESARROLLO HUMANO del 2 de septiembre de 2014. Versión taquigráfica.

²⁹³ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN cit. Disertación del Dr. Juan Manuel Salgado “La consulta es el mecanismo que debe realizar el Estado porque se trata de un mecanismo de formación de la voluntad política colectiva, no un mecanismo de derecho privado... previo a la decisión tomada por el Estado es fundamental... No se agota obviamente en la mera información, no se agota en presentar a las comunidades cuáles son los planes del Estado y decirle y después hacer un símil a lo que son las audiencias públicas en materia ambiental, que tienen poco o nada que ver con el proceso de consulta con los pueblos indígenas. Este debe ser un proceso de buena fe tendiente a generar un consenso y tendiente a lograr que los pueblos y comunidades expresen su consentimiento libre e informado acerca de la decisión. Debe ser adecuado en el sentido de que debe ser a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Las instituciones representativas son las propias que cada pueblo o cada comunidad tiene para elaborar sus procesos de decisión colectiva...La consulta además debe ser sistemática, transparente, continuada en el tiempo. Debe ser financiada por el Estado, no puede ser una consulta asimétrica donde el Estado tenga todos los técnicos, tenga todo el conocimiento y no facilite a las comunidades o a los pueblos los recursos para tener los técnicos y para elaborar la información que se le da.”. P. 9 y 10. Asimismo recomiendo tener en cuenta lo sostenido por la Dra. Silvina Ramírez acerca de la dimensión colectiva de la consulta, sus aspectos procedimentales y sustanciales –pág 18-19 de dicha mesa técnica–, concepto desarrollados en el artículo publicado en este libro.

Retomando los Fundamentos normativos del proyecto, los legisladores expresan que se trata de una de las medidas del artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas, al que reconocen el valor supra legal conforme artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional al haber sido ratificado por ley nacional N° 24.071, reconociendo que “es obligación ineludible del Estado el relevamiento, determinación y demarcación de los territorios indígenas”, citando obligaciones de hacer, no hacer y dar fijadas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos del caso “Awas Tigni”²⁹⁴.

Anticipando la conflictividad, los legisladores explicitan la pauta hermenéutica: “...este proyecto de ley debe ser mirado desde la óptica del derecho internacional público en materia de derechos humanos y derechos indígenas” pues la “posesión indígena” sobre las tierras que tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna manera es distinta de la posesión civil. Son “...conceptos diferentes, con características distintas y con fundamento en el derecho internacional público y no en el derecho privado interno, ... porque todos los mecanismos procesales están formulados para dilucidar la propiedad y posesión civiles, y resultan inadecuados para proteger los derechos indígenas”. Invocan al artículo 26 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para especificar el alcance de la noción jurídica de preexistencia. Luego se refieren a Ley Nacional N° 26.160 y su prorroga N° 26.554, el Decreto Reglamentario 1122/2007 y la Resolución 587/07 del INAI que creó Programa Nacional de “Relevamiento territorial de comunidades indígenas – ejecución de la Ley N° 26.160”. Mencionan que dicha implementación en la Provincia de Río Negro se concretó por adhesión por las leyes N° 4275 y N°4753 a través de un acuerdo con el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas –CODECI–, creado por ley provincial D 2287, autoridad de aplicación de dicha ley indígena, con carácter consultivo y resolutivo. Y que a tal efecto, el CODECI se obligó a producir resultados. Reconocen que existen comunidades indígenas que aún no han sido relevadas. Mencionan al artículo 42 de Constitución de la Provincia y la ley integral indígena N° 2287

A la luz de este texto, los legisladores explican “que si los Estados, provincial o municipal, no han instado y promovido la entrega de títulos con este claro reconocimiento al territorio indígena ubicado en la parte dogmática de la Constitución Provincial, es responsabilidad exclusiva de quienes ejercieron el poder en esas jurisdicciones durante los años que lleva de vigencia la actual Constitución”.

Reconocen que la ley N° 2287 fue el resultado de un proceso de consulta de más de 2 años. Propician *derogar los artículos 18, 19, 20²⁹⁵ y 21 de la ley D 2287*, debido a que hoy contrarían claramente la característica principal de la propiedad comunitaria adoptada por la constitución nacional en su artículo 75 inc 17, en el Convenio 169 de la OIT, y de la Declaración Universal sobre derechos de los pueblos indígenas discordante con *el nuevo marco jurídico y el respeto de la preexistencia del sistema internacional en el que se sustenta el proyecto*.

²⁹⁴ “...que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la comunidad...y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe..., actos que puedan llevar a que los agentes del propio estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicado en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de dicha comunidad.” Caso “Awas Tigni vs. Nicaragua” sentencia de fecha 31 de agosto del 2001.

²⁹⁵ Creo que este artículo debería conservarse, puesto que habla del supuesto fiscales que el estado vendió a particulares y cuya primera venta es nula si no la ofrecen antes al estado. El estado debería optar por la recompra de la tierra al valor fiscal más las mejoras. Si hiciera esa opción, los indígenas tienen la prioridad para adquirir esas tierras en propiedad comunitaria.

Invocan la jurisprudencia del caso “Sede c Vila”, completada y actualizada en el caso “Provincia c Valle” citada en este trabajo.

“La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional (artículo 75 inc. 17 de la Constitución Argentina), toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil argentino). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional”.

“Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable (artículo 75 –inciso 17– de la Constitución Nacional). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria...”

“El vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etcétera: ver, por ejemplo, Salas-Trigo Represas, “Código Civil Anotado”, comentario a los artículos 2789 y siguientes). Aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado”. (Autos: “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo, Expte. 14012”, Fdo: Emilio Riat, Juez Civil, Comercial y de Minería N° 5 de la III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, sentencia del 12 de agosto de 2004).

Citan el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Estado de Nicaragua” del 31/8/01:

“La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tienen efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el estado... El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Es decir que no se les debe exigir la presentación de títulos formales de propiedad, bastando el hecho mismo de la ocupación tradicional de sus territorios. Este hecho originario, una vez comprobado, opera como causa y título formal de sus derechos de propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

BREVE ANÁLISIS DEL PROYECTO

En el apartado III de los fundamentos “Parte Resolutiva del Proyecto”, comienzan los autores declamando que: “El objeto del proyecto de ley tiene por objeto fundamental brindar mayor seguridad jurídica a las comunidades indígenas cuyos territorios han sido delimitados y marcados conforme las prescripciones de la ley nacional N° 26.160. Se

busca brindar el contenido, los principios y el procedimiento destinados a instrumentar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena”.

CONTENIDO

Sobre el artículo 1 es muy oportuno que se exprese que la propiedad comunitaria indígena es de orden público y de origen constitucional.

Advertimos un problema en la caracterización y en el propósito de referenciar a la PCI únicamente con el relevamiento de la ley N° 26.160, lo que importa una restricción regresiva. El proyecto define que es propiedad comunitaria indígena a aquella tierra “...relevada en el marco del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por la ley N° 26160, y su prorroga ley N° 26.554, ambas ratificadas por leyes provinciales N° 4275 y N° 4753”. Esta definición del artículo 2 de proyecto es regresiva dado que, como lo expliqué, en Río Negro rige la ley N° 2287 que obliga al estado a restituir la ocupación tradicional. Es entonces contradictorio con los artículos 12 y 13 de la ley provincial N° 2287 pues son omitidas por este proyecto las tierras de posesión tradicional despojadas que el estado está obligado a reconocer y a restituir bajo propiedad comunitaria.

El proyecto reduce el reconocimiento de la propiedad comunitaria únicamente a lo relevado y aprobado por el INAI (artículo 5 del proyecto), con la dificultad adicional de que los operadores estatales, en su aplicación restrictiva del Derecho Indígena, generalmente excluyen del relevamiento las tierras despojadas por no considerarlas ocupación tradicional, aplicando como recorte el adjetivo “actual”, el que ya demostramos es un término inconstitucional²⁹⁶.

En efecto, en la regulación del artículo 2 se omiten por completo una de las principales demandas del Pueblo Mapuche: los procesos de revisión y saneamiento con la investigación de despojos, procesos vigentes en los artículos 12 y 13 ley N° 2287, que se complementa con el estudio “...*etnológico y censal de la situación jurídica, social y económica de las comunidades indígenas*” que debe realizar el CODECI según el artículo 54 de la ley al momento de su entrada en vigencia.

Como explicamos al principio, la ley N° 2287 tiene un objeto más amplio que la ley N° 26160. En su alcance, la ley N° 2287 dispone que deben restituirse –y otorgarse en propiedad– las tierras despojadas a los indígenas. Otros autores nos explican en este libro que ese es un estándar mínimo establecido por el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT y por los artículos 26 a 28 de la Declaración de la ONU, ambos tratados internacionales invocados en los fundamentos del proyecto.

En consecuencia, sería esencial incluir dispositivos que activen ese procedimiento de saneamiento e investigación para facilitar a las comunidades de la Provincia el reconocimiento de sus territorios, en aplicación de la ley N° 2287, la que obliga a realizar en forma gratuita la delimitación y mensura (artículo 14) una vez arribado al resultado de la investigación del despojo y determinada la obligación estatal de restituir. Esta cuestión debería ser revisada e incorporada al proyecto, así como la caracterización de la ocupación tradicional como categoría constitucional, sin remitirla a la confusa redacción de la ley N° 26.160 cuyo texto ha generado polémicas interpretativas de las que a esta altura podríamos bien prescindir.

²⁹⁶ KOSOVSKY, F. “La protección estatal ...”. Op. cit.

1. Principios y procedimientos

Si bien están enunciados en los fundamentos, salvo la fuente constitucional y que es de orden público, el proyecto no establece principios fundamentales del derecho indígena, tales como la preexistencia, la autonomía y la igualdad ni otros principios mencionados en este libro por Silvina Zimerman.

Estas omisiones se traducen en un procedimiento inconstitucional que parte del grave desacierto de su artículo 4° que establece que las comunidades *deben* tener la personería jurídica “debidamente inscripta” como condición previa para iniciar el trámite de reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria. Este artículo debe suprimirse. Conlleva un serio error conceptual entre la noción de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas con el acto de registración de la personería al mismo tiempo que se aparta del espíritu general de proyecto.

El procedimiento resulta inconstitucional porque al condicionar el derecho de petición del artículo 14 CN a la previa registración de la personería jurídica que ya fue reconocida por el constituyente en 1994 anula el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas previsto en los artículos 1 a 4 de la Declaración de la ONU que guía el principio de auto determinación de la identidad del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT y que violenta el principio de igualdad y no discriminación, en tanto restringe indebidamente el goce de la garantía de la PCI a aquellas comunidades que decidan no registrarse.

Al imponer la registración como una condición para el ejercicio de derechos fundamentales transforma un derecho en una obligación. Indebidamente, el estado podría generar “filtros burocráticos” que normalmente operan como en dispositivos de postergación o directamente de mutilación de los derechos en los casos donde hay conflictividad territorial que involucra a organismos el estado tal como en el caso de la Comunidad Tambo Báez en el que la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación²⁹⁷ exhibe las demoras de registración tanto del Co.De.C.I como del INAI asociadas a la falta de reconocimiento del territorio.

El Defensor del Pueblo de la Nación recomendó:

“ARTICULO 1°. Exhortar al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas a proceder a la inscripción de la Comunidad Mapuche Tambo Báez en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, de reunir los extremos de la ley N° 23.302 y por imperio del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

ARTICULO 2°. Exhortar al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas ejecutar el relevamiento técnico –jurídico– catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por la Comunidad Mapuche Tambo Báez, de conformidad con lo dispuesto por la ley N° 26.160.

ARTICULO 3°. Poner en Conocimiento del Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas de la Provincia De Río Negro la presente Resolución.

²⁹⁷ Resolución. DPN 13/14. Actuaciones N° 4734/13, caratulada “Inconvenientes con el trámite de registro de personería jurídica”.

ARTICULO 4°. Poner en Conocimiento del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y del Ministerio de Defensa de la Nación que, en orden a lo normado por la ley N° 26.160, quedan suspendidos los lanzamientos en procesos de desalojo como el que afecta a los bienes que tradicionalmente habría poseído la Comunidad Mapuche Tambo Báez, debiéndose abstenerse de llevarlo a cabo”.

Uno de los aspectos destacados de la Resolución, es que explica que el reconocimiento de la personería jurídica es una obligación estatal, no una obligación indígena. La resolución se basa en la obligación estatal de respetar la autonomía y la preexistencia de los pueblos:

“La obligación de reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas se encuentra establecida en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y posee como fundamento el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. En efecto, este mandato constitucional obliga al Estado a reconocer la institucionalidad indígena en sus propios términos, en tanto poseen una realidad jurídica propia y anterior a los registros estatales. Así, no se les “otorga” la personalidad, sino que la registración sólo constata su preexistencia. De esta forma, la inscripción en un registro nacional o provincial es un acto que formaliza el reconocimiento de su preexistencia, a lo cual se encuentra obligado tanto el Estado Nacional como los estados provinciales”.

Citando el reciente caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 10 de diciembre de 2013 en el caso *“Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”*²⁹⁸, donde le máximo tribunal argentino declaró que:

“el INAI no sólo se encuentra facultado para proceder a la inscripción de la personería jurídica de la Comunidad Tambo Báez, sino que tiene la obligación constitucional de hacerlo. En efecto, mientras el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional obliga al Estado Nacional a realizar tal inscripción, la Ley N° 23.302 pone en cabeza del INAI su ejecución”.

Lo interesante de este caso en relación con la PCI es que describe muy claramente el vínculo entre las demoras en el reconocimiento territorial indígena e interpretaciones restrictivas de la obligatoriedad de la registración como los instrumentos preferidos y más efectivos del estado para neutralizar la vigencia del principio de libre determinación de los pueblos indígenas y para obstaculizar la garantía del territorio. Se exhibe en este caso cómo los organismos del estado nacional y provincial se “pasan la pelota” y la “tiran afuera” para impedir el avance de los reclamos territoriales.

“Es dable destacar que más allá de los preceptos constitucionales y los deberes contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT, la Ley N° 23.302 impone al INAI el deber de prestar asesoramiento a todas las comunidades para facilitar los trámites de inscripción y la Ley Provincial N° 2287 un deber similar al CODECI. Así, no resulta aceptable la situación en que ambos organismos han colocado a la Comunidad Tambo Báez, en la cual el INAI desconoce sus obligaciones y competencia y suspende los trámites administrativos, mientras que el CODECI se abstiene de intervenir en tanto lo ha hecho el Instituto Nacional. Véase que en lugar de dar asistencia a la Comunidad de

²⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, C. 1324. XLVII, 10/12/2013.

Tambo Báez, las autoridades han funcionado como un obstáculo para el reconocimiento de sus derechos, máxime si consideramos que han transcurrido más de dos años desde la primogénita solicitud de inscripción y más de seis meses desde que concluyera el proceso de mediación comunitaria.

Sentado ello, corresponde referirse brevemente al conflicto que existiría entre la Comunidad Tambo Báez y la de Lof Robles y si aquél puede efectivamente funcionar como un obstáculo para la inscripción de la personería jurídica de la Comunidad.

Otro aspecto destacado de la Resolución es que desvincula la registración de la personería de la conflictividad territorial:

“Sólo de la resolución ex SDS N° 4811/96 surge un requisito vinculado a la ocupación territorial de la Comunidad, la cual establece en su artículo segundo como únicas exigencias para la inscripción el nombre y ubicación geográfica de la comunidad, una reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico, con presentación de la documentación disponible, descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades, nómina de los integrantes con grado de parentesco y mecanismos de integración y exclusión de miembros. Véase que en materia territorial lo único que se requiere es que la comunidad solicitante exprese, de modo unilateral, donde ella se ubica geográficamente.

Así las cosas, nada obstaría a la inscripción de una comunidad indígena que reivindique el mismo territorio que otra. En efecto, la ocupación geográfica que denuncie la comunidad es sólo una manifestación unilateral que no genera consecuencia jurídica alguna (más allá de que pueda constituir un antecedente), por lo que no existe necesidad alguna de resolver tal conflicto de forma previa a la inscripción en el registro correspondiente. Obviamente, ello no implica que no pueda intentarse, como en el caso, que las partes arriben a una solución amistosa, pero ante el fracaso de tal intento, no puede aplazarse o detenerse la inscripción.

La Ley N° 23.302, su decreto reglamentario y la restante legislación sobre la materia deberán ser interpretados en consonancia con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y el Convenio N° 169 de la OIT. Negar la inscripción de una comunidad con causa en un conflicto territorial, aun cuando su registración no sea constitutiva de derecho alguno, implicaría negar la preexistencia de la comunidad. Debería entonces el INAI inscribir en el ReNaCI a la Comunidad Mapuche Tambo Báez, pues tal es su derecho constitucional, sin que ello implique la inexistencia de un conflicto territorial con otra comunidad o el desconocimiento de los derechos que aquella otra eventualmente pueda poseer”.

Si miramos la jurisprudencia provincial que abrió el nuevo paradigma del Derecho Indígena el art. 4 del proyecto atrasa 10 años pues ya en el caso “Sede c Vila” del Juzgado Civil Nro. 5 y en el caso “CODECI” el STJ declaró el efecto meramente declarativo de la personería²⁹⁹.

A la luz de estas evidencias, abundando en la crítica al artículo 4 del proyecto de regulación de la PCI en Río Negro, se presenta a la registración de la personería jurídica como si fuera la única manera para posibilitar la inscripción de la propiedad comunitaria a favor de una comunidad, lo que es inconsistente pues que la existencia y la representación de la comunidad se puede acreditar y publicitar por múltiples medios probatorios del sistema legal argentino, medios que, además, deben ser culturalmente adecuados al modo de instrumentar cada pueblo su agrupación colectiva como

²⁹⁹ Cit. Ver punto 5.14 del voto del Dr. Lutz quien sostuvo que el estado no concede sino que reconoce la personería jurídica.

“comunidad”. Desde la perspectiva de derechos humanos, en este aspecto, en lugar de ampliar derechos, el proyecto los restringe. En lugar de facilitar el acceso, lo dificulta. En lugar de generar mecanismos de proximidad para acreditar su personería (como actas con firmas certificables por jueces de paz en sus parajes), obliga a las comunidades que carecen de recursos materiales a realizar engorrosos y complejos trámites para someter su cultura al “formato” estatal. Es, claramente, un procedimiento culturalmente inadecuado.

Imponer la registración como una obligación resulta así inconstitucional. Esta imposición implica la negación de la identidad preexistente y de la personalidad jurídica, erigiéndose como uno de los principales obstáculos para garantizar el reconocimiento territorial. No es casual que el estado recurra habitualmente a este argumento para demorar la garantía de la ocupación tradicional.

Es un error muy grave la exigencia de la registración de la personería jurídica como condición para el ejercicio de los derechos. Ello desnaturaliza el derecho de registración, facultad que pueden ejercer libremente las CI, convirtiéndolo en una obligación.

Resulta así necesario derogar también el artículo 5 de la ley N° 2287, puesto que si se reconoce la autonomía de los pueblos y de sus comunidades resulta entonces incoherente imponerles el deber de registrarse, puesto que ello es una facultad que pueden ejercer para dar a publicidad su existencia, sin que el estado que pueda negarse a reconocerlas si cumplen con “...*los mecanismos que el pueblo mapuche instrumente para su reconocimiento*” (artículo 2 de la ley N° 2287).

Lo contrario implica imponer un sistema de verificación de la organización socio-política de un Pueblo con formas que además de no ser indígenas, son inadecuadas a las circunstancias de los indígenas, con procesos ajenos a su cultura y con formas que lesionan claramente el propio reconocimiento de su identidad.

Evidentemente, la confusión en la redacción de este artículo proviene de copiar los modos de agrupación basados en la cultura occidental –no indígena–, cuyas formas jurídicas no son necesariamente, ni deben ser automáticamente trasladables al modo de organización de las culturas indígenas.

La doctrina especializada, comentando el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, ha relacionado la no obligatoriedad de la inscripción de las personerías jurídicas a la auto-determinación de la identidad, un criterio político vinculado a la libre determinación de los pueblos que opera como límite del poder estatal. La atribución exclusiva a una autoridad externa, como el estado, para definir quién es indígena, equivale a la denegación de la autonomía, ya que el primer ejercicio de ésta es la propia capacidad de determinar quienes pertenecen al grupo y quiénes no³⁰⁰.

El estándar actual en materia de reconocimiento de derechos y legitimación a sujetos colectivos fue fijado por la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (párr. 159-175), y aclarado en la sentencia de 12

³⁰⁰ SALGADO, Juan M. El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, comentado y anotado. INAI. UNC. 2006. Página 43. Nota al pie 25 con cita a WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica. México DF, 1997. Pág. 44)

de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 62-65, siendo esta interpretación en el criterio de la CSJN sobre la aplicación de los tratados internacionales a nivel interno ("GIROLDI, H. s/recurso de casación", CS, sentencia del 7 de abril de 1995, en "Jurisprudencia Argentina", t. 1995-III-).

En su comentario al Convenio 169 de la OIT, Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado explican que como “el poder de definir” es al mismo tiempo “poder de excluir” y suele encontrarse en manos de los funcionarios del Estado, renuentes a reconocer áreas autónomas, en los foros internacionales los representantes de los pueblos indígenas siempre se mostraron contrarios a que se los “definiera” legalmente. Su principal cuidado no sólo consistió en evitar que mediante una metodología legal se “naturalicen” los resultados de una política de colonización y destrucción cultural, excluyendo del ámbito indígena a aquellos que padecieron esta política (y perdieron involuntariamente algunos rasgos culturales distintivos) sino, además, contar con las herramientas legales facilitadoras de un proceso de reversión de la pérdida de identidad. Por todo ello, el Convenio 169 no ofrece una definición precisa, sino que proporciona pautas para establecer los grupos a los que se aplica. La guía oficial de la O.I.T. indica que “*se pensó que una definición de quienes son indígenas y tribales limitaría y privaría a algunos de estos pueblos de los derechos que este Convenio les otorga*”³⁰¹.

Esta crítica ha sido unánimemente compartida por la doctrina especializada así como por las organizaciones de Pueblos indígenas de todo país al repudiar la obligatoriedad de la registración de la personería jurídica en el artículo 18 del Proyecto de modificación del Código Civil del Poder Ejecutivo Nacional³⁰².

Por ello, entiendo que el problema de la validación y la determinación del sujeto de derecho indígena “Comunidad” en el proyecto analizado es regresivo e inconstitucional.

Al revisarse su redacción deben preverse mecanismos de validación culturalmente adecuados, por los que se facilite y no obstaculice el ejercicio de los derechos a los indígenas, sin delegar la función de validación de los sujetos de derechos en organismos del estado. Este es justamente lo que vienen a garantizar los principios de preexistencia al estado y el de subsistencia como pueblo diferente.

Otro desacierto de la ley es que no prevé registrar la propiedad comunitaria a favor de los indígenas dispersos que según el artículo 3 de la ley N° 2287 son sujetos protegidos, obligándolos a registrarse o agruparse en “Comunidades” para poder inscribir la PCI de su ocupación tradicional.

³⁰¹ Ver GOMIZ, María Micaela y SALGADO, Juan Manuel. *CONVENIO 169 DE LA O.I.T. SOBRE PUEBLOS INDIGENAS. Su aplicación en el derecho interno argentino*. ODHPI. 2ª Ed. Neuquén. 2010. P. 53.

³⁰² GOMIZ y SALGADO. Convenio 169 de la OIT. Cit. P. 112.113. Ver en este libro: ALVARADO, Paula, *REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA EN EL PROYECTO DE UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION (2012-2013)*. Ap. III.b. ; RAMIREZ, Silvina, *Estándares mínimos para la regulación de la ley de propiedad comunitaria indígena*; ZIMERMANN, Silvina, *Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y territorio en Argentina*. Apartado 7.f. P. 16. Ver también *INFORME DE SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LA PATAGONIA*. ODHPI. 2013. P. 11-12.

Procedimiento

Respecto de la Unidad Ejecutora del artículo 7, ya hemos visto la dificultad que representa incluir a la Dirección de Tierras en los procesos relacionados con los pueblos indígenas.

Este organismo de por sí merece una profunda revisión dado su carácter autoritario violatorio del espíritu y de la letra de la ley N° 279 que establece que debe estar gobernada por un directorio con participación de Directores electos por los productores y por el gobierno, pero hace décadas que no tiene una pizca de Democracia. El poder se concentra en un funcionario de tercera línea puesto a dedo por el gobernador, lo que ha dado lugar a la corrupción generalizada, obligando a la sanción de la ley N° 4744 por la que se creó en el año 2012 la Comisión de la Legislatura que revisa cientos de transferencias irregulares de tierras en la Provincia.

Otro aspecto preocupante es que el proyecto da preponderancia en la Unidad Ejecutora Provincial del artículo 7 a organismos políticos no indígenas, con el riesgo de que se vea frustrada su participación y operatividad.

Sería por ello importante pensar en un nuevo organismo autárquico, descentralizado, ágil y transparente, con participación indígena y con especialistas capacitados, estableciéndose en la ley que los organismos mencionados en el artículo 7 –que no integrarán al ente executor- deberán facilitarle en forma inmediata toda la documentación e instrumentos que se les requiera en plazos perentorios que se estipulen, bajo apercibimiento de ser quienes demorasen injustificadamente su cooperación u obstaculizasen el acceso a la información pasibles de sanciones ejemplares.

Otro punto flaco del proyecto es que no crea un procedimiento adecuado al no fijar plazos para el otorgamiento de los actos. Tácitamente mantiene las demoras que rigen actualmente los plazos de la ley N° 2938 de procedimiento administrativo provincial, obligando al requirente a transitar reclamos y plantear diversas vías recursivas aun sin tener un pronunciamiento de la administración, para lograr por medio de pronto despacho y silencio ficto, su agotamiento y acudir a la vía judicial. Todo ello, además de ser un inútil e injusto desgaste para cualquier administrado, insume muchos meses. Asimismo, se le impone al administrado la carga impulsora que es inmoral trasladar a los indígenas ni pareciera ser ajustado a la reparación histórica que el estado se comprometió a realizar hace casi 30 años.

Las trabas burocráticas, la corrupción, la incapacidad de gestión no pueden seguir siendo aceptados. Es imperativo invertir la lógica, simplificar al indígena las cosas, entenderse al silencio como un resultado positivo para el reclamo y, como ocurre con otros casos de sujetos de derecho que están en una situación de poder asimétrica, trasladarle al estado la carga.

Esto último implica que si en un plazo razonable –30 días–, el organismo competente no se expide, ese silencio deberá interpretarse como un pronunciamiento favorable al reconocimiento, delimitación y/o instrumentación de la propiedad comunitaria indígena peticionada.

Esta solución también requiere de máxima publicidad en los trámites, la aplicación de las nuevas tecnologías y ciencias de la administración para optimizar y transparentar procesos costos del registro audiovisual, con acceso vía Internet, y difusión por los medios radiales, para poder dar seguimiento a los reclamos, a fin de permitir la participación de los indígenas por todos los medios posibles.

Con ello, la comunidad indígena podrá acudir directamente a exigir la realización de la mensura de su propiedad comunitaria ya reconocida por el estado, así como su posterior registración en el catastro y la expedición del título en la Escribanía de gobierno, sin perjuicio de que sería esencial incluir un sistema específico de responsabilidades y sanciones a los funcionarios para prevenir las demoras y los conflictos, daños y perjuicios que ellas puedan generar³⁰³. De este modo, quienes pretendan demorar el reconocimiento del derecho a la PCI, ya no podrán lograrlo y no quedarán impunes pues se expondrán a consecuencias administrativas, laborales, patrimoniales e incluso penales por esa demora.

Por último, también sería deseable en la misma ley establecer que los conflictos se dirimirán ante jueces y juzgados que entiendan en esta materia, los que deberían crearse en el Poder Judicial en un plazo de 1 año y convocarse a los concursos correspondientes por el Consejo de la Magistratura.

Conclusiones

La ley 2287 es un hito fundante del Derecho Indígena en Río Negro.

La intensa participación indígena en su elaboración incorporó el principio de autonomía del pueblo y de las comunidades. Ello justifica mantener su vigencia. Si bien es preciso derogar y actualizar varias de sus disposiciones que devinieron inconstitucionales, la incorporación del mecanismo de revisión de los despojos de la posesión tradicional, el principio de gratuidad para la delimitación y mensura, la priorización de los indígenas para la adjudicación de otras tierras aptas y suficientes representan aspectos destacados de la reparación histórica que los constituyentes rionegrinos proclamaron en el art. 42.

Por ello, una primera conclusión es que la demora estatal en garantizar –hacer efectiva– la propiedad indígena en Río Negro no obedece a su falta de regulación sino a la falta de procedimientos adecuados y, claro está, de voluntad política.

Esto nos exige repensar desde cero el diseño de la arquitectura procesal para tramitar los reclamos para la regularización de la propiedad comunitaria indígena.

Las actuales sólidas bases constitucionales y legales carecen de estructuras legales eficaces. Nuestra hermosa maqueta es un impactante proyecto que nunca se concretará sin directores de obra, constructores, materiales adecuados y suficientes que interpreten y ejecuten fielmente ese proyecto.

Entiendo que es urgente que surja una nueva lógica para pensar el Derecho Indígena, desarrollando reglamentaciones del Derecho Procesal adecuados a los derechos de los pueblos indígenas como forma de concreción de la PCI.

³⁰³ Ver en este libro en los trabajos de JEZHENIECKI, María Cecilia, la experiencia del INCORA, en Colombia; de ZIMERMANN, Silvina. Punto 3.9. Ley 72 de Panamá.

Esto no significa olvidar sus bases y sus fundamentos sino todo lo contrario: esos estándares deben ponerse en funcionamiento en las “medidas adecuadas”, presupuestos mínimos muy bien expuestos por mis colegas en este libro que deben regir esos procedimientos teniendo por horizonte el etnodesarrollo multicultural.

Nuestro edificio ya tiene pisos, columnas, vigas, paredes, pero no puede funcionar sin escaleras, ascensores, paredes internas, pasillos, sin reglas de administración, ni habitarse sin una distribución racional de la energía, los insumos, etc. Hay que pensar en su organización para darle vida a la totalidad del Derecho Indígena.

Ya hemos visto cómo en Río Negro la ley N° 2287, concebida desde el principio de libre determinación, tiene disposiciones fundamentales para la instrumentación a la propiedad comunitaria indígena que, a la luz de las omisiones del Proyecto para su regulación que venimos de analizar, no solo deben conservarse sino potenciarse. Fundamentalmente, las relacionadas con la revisión de los despojos y la restitución de los territorios así como la fijación de plazos razonables abreviados, porque el Convenio 169 de la OIT, invocado como fundamento de la medidas, establece que su aplicación no deberá menoscabar los derechos y las ventajas reconocidos a los pueblos interesados “en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”, es decir, respetar el principio de progresividad y no regresividad que rige los derechos humanos. En este sentido, dada la vigencia del artículo 75 inc. 17 de la Constitución, debe derogarse el artículo 5 de la ley N° 2287 y eliminarse el artículo 4 del Proyecto comentado, pues es claramente inconstitucional imponer como un deber legal la registración de la personería jurídica como condición para reclamar garantía de la PCI.

También es esencial atender los problemas de distribución de las competencias como uno de los principales factores que ha demorado e impedido la garantía de la PCI.

En tal sentido, uno de los mayores desafíos es establecer nuevas autoridades administrativas con competencias claramente definidas, con plazos razonables y dispositivos de facilitación del trámite. Una Unidad Ejecutora Provincial como la del artículo 7 del proyecto de ley que agrupa a organismos que no han cooperado entre sí, que han demorado excesivamente y conspirado activamente en contra de la implementación de la ley N° 2287 no pareciera augurar la mejor fórmula de éxito.

Como vimos, las causas políticas, económicas, históricas, normativas exigen creatividad y decisión para conferir a la autoridad de aplicación, con participación indígena efectiva, la modalidad de un ente autárquico³⁰⁴. Ello le permitiría su autogobierno, independencia de criterio y de funcionamiento en lo administrativo, con *personalidad jurídica* y *patrimonio* propio puesto al servicio de la finalidad pública de su misión, con funciones claramente determinadas y recursos suficientes. Sin dudas que la ingeniería jurídica y administrativa, así como la asignación, control y transparencia de los recursos que se le asignen determinarán su agilidad y eficiencia.

Con relación a esto último, es importante que tengan asignaciones presupuestarias legales automáticas, vinculadas a valores significativos de referencia, logrando coeficientes de actualización confiables (Ej. % del PBI, como el establecido en el caso

³⁰⁴ GORDILLO, Agustín, Tratado de *Derecho Administrativo Tomo 8. Teoría general del derecho administrativo*. P. 185.

de otros derechos humanos fundamentales como la educación³⁰⁵), liberándose así del arbitrio de cada gobierno de turno que le alcanza con no asignarle aportes para anular o dificultar el funcionamiento de los organismos de aplicación.

No podemos para ello dejar de señalar que aun con esta regulación se deben contemplar incentivos para el buen desempeño de los funcionarios responsables así como desincentivos –sanciones ejemplares y efectivas– para sus desvíos.

Comprendemos que esto no descartará el o los posibles errores ni las discrepancias que pudieran existir, lo que exige reflexionar sobre las experiencias de años de judicialización.

La instrumentación de este nuevo derecho procesal indígena debe incluir como mínimo los principios fundamentales que ha ido exponiendo en este libro Silvina Zimerman³⁰⁶ mostrándonos principios específicos así como lecciones de implementación del derecho comparado provincial y latinoamericano.

Operando bajo lógicas totalmente diferentes, las acciones del derecho civil son inadecuadas para garantizar la propiedad comunitaria indígena. Aún cuando la Corte Suprema lo admitió como una posibilidad en el caso “Eben Ezer”, hemos visto que se han planteado objeciones al amparo como la acción judicial más idónea. Para evitar estos debates que mantienen la desprotección o nos remiten a las acciones ordinarias inadecuadas, entiendo que resulta esencial diseñar acciones sumarísimas especiales para tramitar los reclamos de PCI así como acciones para dirimir los conflictos que se presenten en relación con ella, ya sea que vinculen a los indígenas con el estado o que involucren a terceros.

Las históricas demoras exigen revertirlas con plazos razonables, prever que estén pensados a favor de los indígenas y no a favor de la comodidad de burocracia. La administración estatal debe adaptarse a las circunstancias de éstos y no al revés, como sucede habitualmente. Ello torna imperativo la formulación de un derecho procesal indígena que contemple las particulares circunstancias en las que están los indígenas (art. 6 Convenio 169 OIT). Este derecho procesal indígena incluye desde el procedimiento administrativo especial para los indígenas así como la vía judicial, con plazos, defensas, recursos e incidencias ajustadas a la realidad de los pueblos.

Una de las cuestiones que vienen suscitando debate es si es preciso crear un fuero especializado. A mi modo de ver resulta esencial. El “chip” que traen los jueces civiles o contencioso-administrativos está diseñado para cargar y comunicar información en un sistema civil o contencioso-administrativo. Por eso, salvo muy honrosas excepciones que fuimos viendo en este libro, en casos donde deben aplicar esta rama del derecho público, los jueces se confunden y aplican los principios y reglas del derecho privado.

Un problema análogo sucedía con el derecho del trabajo en sus inicios y ello justificó crear tribunales del trabajo cuya legitimidad y necesidad hoy nadie cuestiona. Así como a principio de siglo XX era casi imposible que un juez civil considerase la asimetría del poder, la desigualdad de armas, las presunciones y las demás reglas en materia de prueba a favor del trabajador, es ilusorio pensar que serán proclives a incorporarlos a

³⁰⁵ Ley Nº 26.075 de Financiamiento Educativo

³⁰⁶ Ver en su trabajo “Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina” el apartado 2.

favor de los indígenas. Esto nos plantea la necesidad de repensar la idoneidad, en términos de concursos y formación profesional, de los jueces que intervienen en los juicios donde se dirimen cuestiones de Derecho Indígena.

Mientras tanto, resulta indispensable que las materias que aquí hemos tratado, que tienen cada vez un mayor grado de especialización y exigen por ende un mayor nivel de capacitación, se incorporen en las agendas de la Reforma Judicial de los Concejos de la Magistratura, los Poderes Judiciales, los Ministerios Públicos nacionales y provinciales. Que también los Colegios de Abogados, las Universidades y los representantes Políticos comprendan que al menos dos transformaciones son esenciales para cumplir con el mandato constitucional de una verdadera justicia pluricultural: la primera, es el deber de incluir como obligatorio el cabal conocimiento de esta materia de derecho indígena, sus principios, jurisprudencia, etc en los contenidos de los exámenes para habilitar a cualquier postulante a ejercer la función pública. Lo segundo es tomar nota de que la vigencia del paradigma multicultural no será automática sino que el Derecho Indígena sólo será tomado en serio si en los Concejos de la Magistratura hay al menos un concejero/a indígena, designado por los indígenas, que pueda velar porque los funcionarios conozcan esta rama especial del derecho. Del mismo modo el movimiento indígena debería interrogarse sobre su capacidad de ocupar un espacio de poder exigiendo una ley de cupo indígena para cargos políticos electivos tal como hace más de 20 años rige para las mujeres³⁰⁷.

Lo cierto es que el Derecho Indígena es hoy una realidad y ello exige actualizar las leyes de concejo de la magistratura a nivel nacional y provincial. Del mismo modo, es preciso realizar lo propio con los Ministerios Públicos donde debería crearse la figura del Defensor Indígena como garante de la función pública en este aspecto. Para ello, resulta fundamental que la educación intercultural sea una realidad.

No quedan dudas que hay muchos otros aspectos que deberemos ir abordando. En tal sentido, agradezco haber podido compartir estas reflexiones acerca experiencia de la implementación de la PCI en Río Negro realizadas con amor y con el anhelo de que ellas resulten útiles a quienes en verdad están convencidos que es posible hacer realidad este derecho.

BIBLIOGRAFIA

ASOCIACION DE ABOGADOS DE DERECHO INDIGENA y otras organizaciones. Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina: la agenda pendiente para el relator de pueblos indígenas James Anaya. diciembre 2011
En Centro de Documentación <http://www.derechosindigenas.org.ar/>

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en ABREGÚ, MARTÍN – COURTIS, CHRISTIAN (compiladores), “*La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

ALVARADO, Paula, *Regulación de la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de unificación del Código civil y comercial de la nación.* En este Dossier.

³⁰⁷ La Ley Nº 24.012 sustituyó el artículo 60 del Código Electoral Nacional y su Decreto Reglamentario Nº 379 del 8 de marzo de 1993 generando un cupo del 30% en los cargos electivos para las mujeres.

CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA. CAMARA DE SENADORES. COMISIÓN DE POBLACIÓN Y DESARROLLO HUMANO Versión taquigráfica de la sesión del 2 de septiembre de 2014.

CAÑUQUEO, Lorena, KROPFF, Laura, RODRIGUEZ, Mariela, VIVALDI, Ana, *Tierras, indios y zonas en la provincia de Río Negro*, en “*Cartografías Argentinas. Políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad*”. AA.VV. BRIONES, Claudia, comp.. GEAPRONA. Ed. Antropofagia. 1ª Ed. 1ª reimpresión.2008.

DELRIO Walter, *Memorias de Expropiación*. UNQuilmes. 2005.

GARCIA VERITA, Gonzalo, *La propiedad comunitaria indígena desde el derecho a la igualdad*.

GOMIZ, María Micaela *El derecho constitucional de propiedad comunitaria indígena en la jurisprudencia argentina*,

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo 8. Teoría general del derecho administrativo*.

JEZIENIECKI, María Cecilia, *Propiedad comunitaria indígena: una mirada desde la legislación comparada*. En este Dossier.

KOSOVSKY, Fernando, *La protección estatal de la ocupación tradicional: Cuestionamientos “actuales” en torno a la ley 26.160*, ponencia presentada en las “*Jornadas Patagónicas de Derecho Indígena en Comodoro Rivadavia el 7 de octubre de 2012*”. Versión digital en www.derechosindigenas.org.ar

KOSOVSKY, Fernando *Desconocimiento territorial y usurpación en Río Negro, en La Justicia Penal en las comunidades originarias* DA ROCHA, DE LUCA COORD. AD-HOC. 2010. P. 169-200.

LEGISLATURA DE LA PROVINCIA. Dictamen de la Comisión de la Ley 4744 - Expediente N° 1307/2012

LEGISLATURA DE LA PROVINCIA. Dictamen de la Comisión de la Ley 4744 - Expediente N° 1432/2012

LEGISLATURA DE LA PROVINCIA - Expediente N° 433-2013. Proyecto de ley de regulación de la propiedad comunitaria indígena.

LENTON, Diana, *Historia de la crueldad argentina. Julio A. Roca y el genocidio de los Pueblos Originarios*. Coord. Por BAYER, Osvaldo, Ediciones del Tugurio. Bs. As. 2010.

OIT – Comité - Document No. (ilolex): 162008ARG169

ODHPI. INFORME DE SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LA PATAGONIA. ODHPI. 2013.

RAMIREZ, Silvina, *Constitucionalismo y derechos de los pueblos indígenas*. La Ley. Bs As. 2013

SALGADO, Juan Manuel, *Convenio 169 de la OIT –Anotado y Comentado*. 1ª Ed.

“El rol del derecho internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Nacional” en García, Julio (Coordinador); *Derecho Constitucional Indígena*, ConTexto Libros, Resistencia. 2012.

TAYLOR, Charles, *El Multiculturalismo y La Política del Reconocimiento*, México, FCE, 1993

ZIMERMAN, Silvina, *Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y territorio en Argentina*. En este Dossier.

JURISPRUDENCIA CITADA.

Awas Tigni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto del 2001.

Carrizo de Abi Saad, Elma c/ Guarda Fidel y otro S/ Interdicto de recobrar S/Casación” (Expediente N° 19713/04-STJ Río Negro.

Casiano Jorgelina y otros s/ usurpación” Expediente N° 272-8-03, Juzgado de Instrucción en los Criminal y Correccional N° 4 de San Carlos de Bariloche.

CHECHILE, ROBERTO C/ MARIN, CRISTINA BEATRIZ Y OTROS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR (Sumarísimo), Expediente 00312-14 CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro (S.C. de Bariloche), Voto del Dr. Emilio Riat. Adhesión Dr. Edgardo Camperi. Dr. Carlos Cuellar en Disid. Interloc. 5-11-2014

CO.DE.C.I. DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ACCION DE AMPARO" (Expte. N* 19439/04-STJ-), SENTENCIA N° 72/2005 del 16 de agosto del 2.005.- (Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI)

COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS C / PROVINCIA DE RIO NEGRO Y OTRAS S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, Expediente N° 00502-059-13

Comunidad Mapuche Las Huaytekas s/ Cautelar Expte. N°:00503-059-13. Integración Edgardo Camperi, Juan Lagomarsino (subrog.) y Rubén Marigo.

Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad. CSJN C. 1324. XLVII, 10/12/2013.

CONSEJO ASESOR INDIGENA (C.A.I.) C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (00345-039-09)” - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de S.C. de Bariloche.

CONSEJO ASESOR INDIGENA (C.A.I.) C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO S/ APELACIÓN" (Expte.Nº 25632/11-STJ) – (Víctor H. SODERO NIEVAS conc. Dr. Roberto H. MATURANA).

ESTADO NACIONAL – Ejército Argentino c. Gualmes, Clorinda y/u otros” por desalojo”. (Expte Nº 4787/95) Juzgado Federal de 1ª Instancia de S.C. de Bariloche

ESTADO NACIONAL c/ BÁEZ, José B. y otros s desalojo”, Expte 6103-05. Secretaría Civil Nº 2”. Juzgado Federal de 1ª Instancia de S.C. de Bariloche

Inconvenientes con el trámite de registro de personería jurídica. Resolución. DPN 13/14. Actuaciones Nº 4734/13.

LAS CHINITAS S.A. AGROPECUARIA C/ LINARES Benito y otros S/ INTERDICTO DE RETENER (SUMARISIMO) (27766-08) Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 3 de la IIIa Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro

LOF, CASIANO s/ACCION DE AMPARO" (Expte. Nº 20832/06-STJ-), sentencia del 28-2-2006 Víctor H. SODERO NIEVAS, Alberto I. BALLADINI y Luis LUTZ

LOF CASIANO c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO. CSJN (RHE) S.C., L.1317, L.XLII. 15-07-2008 - Fallo L. 1317. XLII.

MARTINEZ PEREZ, JOSE LUIS C/ PALMA. AMERICO Y OTROS – INTERDICTO DE RECOBRAR. SUMARISIMO – S/ MEDIDA CAUTELAR, Expte 9913-10 del Juzgado Civil Nº 5 de Bariloche la que tramitó por Expte Nº 16130-112-11. Queja ante la CSJN Expte 466-2013.

MURGIC...S/ TURBACIÓN...-COMUNIDAD MAPUCHE JM PICHON)", Expte. Nº S11-09-0218 Juzgado de Instrucción Nº 6 de Bariloche. Sentencia interlocutoria del 17 de octubre de 2011 de la Cámara 1ª Criminal de Bariloche-. Causa A1-2011-3948.

ÑANCUNAO Mirta y PALMA Ester y otros s/ usurpación, Causa S3-393-10 del Juzgado de Instrucción Nº 2 de S.C. de Bariloche.

PRAFIL Crescencio y Yáñez César y otros s/ amenazas calificadas y usurpación”, Expte s. 11-11-0309, Juzgado de Instrucción Nro. 4 en lo Criminal y Correccional de S.C. de Bariloche

PRAFIL Crescencio y Yáñez César y otros s/ amenazas calificadas y usurpación” Expte Nº 11-229-A. Camara Segunda en lo Criminal de S.C. de Bariloche

PROVINCIA DE RIO NEGRO C/ VALLE, NICOLAS Y OTROS S/ DESALOJO (Sumarísimo)" (expte. 08392-09) del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nº 5. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Dr. Emilio Riat.

SEDE, ALFREDO Y OTROS C/ VILA, HERMINIA Y OTRO S/ DESALOJO Expte. Nº 14012-238-99 Sentencia del 12 de agosto de 2004, (Dr. Emilio Riat). Juzgado en lo

Civil y Comercial N° 5 de la IIIa Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro,
por la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA
de la IIIa. Circunscripción Judicial expte. N° 13100-016-05 (Reg. Cám.).

PROYECTO
DE LEY
PROPIEDAD
COMUNITARIA
INDÍGENA
RÍO NEGRO

Anexo

Viedma, 26 de junio de 2013

Señor
Secretario Legislativo
Dr. Rodolfo Cufre
SU DESPACHO

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en mi carácter de legislador provincial y autor conjuntamente con los legisladores Silvia Horne y Martín Doñate del proyecto de ley que se adjunta como anexo de la presente: “reconócese el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena. Crea el mecanismo para la entrega de títulos de propiedad comunitaria a favor de comunidades indígenas o de una organización de pueblos indígenas que residen en la Provincia de Río Negro” a fin de que se una vez confeccionadas las respectivas actuaciones administrativas se proceda a notificar al Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas de la Provincia, en función de ser el organismo encargado de aplicar la ley integral indígena Q 2.287, de la presentación formal del presente proyecto de ley, con remisión de copia del mismo. Asimismo, se solicita se haga expresa mención de que por su intermedio deberá darse la debida intervención a las organizaciones del pueblo mapuche, a fin que proceda a dar inicio al debido proceso de derecho consulta previa toda vez que se trata de un proyecto que afectará directamente a las comunidades y organizaciones indígenas de la Provincia.

Saluda a Ud. Atentamente.

FDO. CESAR MIGUEL
LEGISLADOR (FPV)

PROYECTO DE LEY: Reconócese el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena. Crea el mecanismo para la entrega de títulos de propiedad comunitaria a favor de comunidades indígenas o de una organización de pueblos indígenas.

FUNDAMENTOS

1. ANTECEDENTES

En el marco del Bicentenario las organizaciones indígenas reclamaron ante el Gobierno Nacional la concreción de una ley de reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena. Dada la trascendencia del tema, y a los efectos de asegurar la participación, se sancionó el Decreto PEN N° 700/10 que crea la Comisión de Análisis e Instrumentación de la propiedad comunitaria indígena en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Esa Comisión se integró con representantes del Consejo de Participación Indígena (constituido en más de 20 provincias) y del Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales Indígenas, así como de las provincias y organismos nacionales. Así como el relevamiento previsto en el marco de la ley nacional N° 26.160 y su proroga 26.554 prevé la participación de las Comunidades, dicha Comisión ha contado con la importante participación de representantes de los pueblos que habitan en todas las provincias, así como de más de 30 Organizaciones Territoriales de los Pueblos que nuclean a un número significativo de las más de 1000 Comunidades registradas en el país, encontrándose representados en forma directa en la Comisión los pueblos Kolla, Guaraní, Chané, Tastil, Diaguita Calchaquí, Mbya Guaraní, Tonokote, Comechingón, Charrúa, Mocoví, Toba, Mapuche y Mapuche Tehuelche.

Cumpliendo uno de los objetivos dispuesto por el Decreto PEN N° 700/10, la Comisión elaboró un documento destinado a instrumentar el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena, y cuyo proceso ha sido tomado como base para la confección del presente proyecto de ley.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL, NACIONAL Y PROVINCIAL EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Constitución Nacional:

Preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria.

La Constitución Nacional reconoce en su artículo 75 inciso 17 la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. A su vez, reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas del país y regula la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

Asimismo establece que ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Si bien el reconocimiento constitucional es considerado operativo, las Comunidades Indígenas vienen soportando el peligro de interpretaciones judiciales errantes y lecturas disvaliosas de la voluntad del poder constituyente, siendo necesario fijar reglas inequívocas que garanticen la instrumentación de la titularidad de las tierras que tradicionalmente ocupan.

En la cosmovisión de los Pueblos Indígenas la tierra es parte de la cultura, la identidad y sostén de su destino. Desde el origen de nuestra nación, la igualdad ante la ley no significó igualdad de oportunidades, siendo en éste sentido perjudicados los pueblos indígenas en la posesión y acceso a la propiedad de la tierra. Por esta razón, luego de una lucha pujante e irrenunciable por parte de los distintos pueblos indígenas que habitan a lo largo y ancho del territorio nacional, es que el convencional constituyente expresó la voluntad política de reconocer los derechos de los pueblos indígenas. En palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni: “En 1816 nos declaramos independientes, pero este acto no será perfecto hasta que no se reconozca que el orden precedente se asentó sobre una violencia que privó masivamente de derechos a toda la población originaria y este reconocimiento se traduzca en pasos concretos destinados a reparar los efectos lesivos que aún perduran. Se privó de la vida, de la libertad, de la propiedad, pero también de la cultura, y es claro que el derecho es un producto cultural. Devolver a estos pueblos su jurisdicción no fragmenta la soberanía, sino que importa un pacto entre un orden jurídico que se proclama independiente, y como tal, pone distancia de los horrores cometidos por su predecesor, devolviendo a los desapoderados el derecho a su propia cultura, y los pueblos que se vieron privados de esos derechos y hoy se integran a la soberanía con su derecho y su jurisdicción”.

“Reconocer la preexistencia” implica admitir que la vida y forma de organización que los pueblos indígenas se vienen dando proviene desde miles de años a la fecha, dentro de cuyo contexto los Estados nacionales de América vinieron a conformarse hace relativamente poco tiempo por estas tierras. Por tanto, no se encuentran hoy los Estados en condiciones de desconocer toda una historia y organización política que responden a complejas cuestiones de identidad cultural y al devenir de siglos de evolución, de una evolución distinta que la forjada en el seno de los países europeos.

Cabe traer a colación los conceptos vertidos por los reconocidos juristas en materia indígena como son los autores Ricardo Altabe, José Braunstein y Jorge A. González cuando, en su obra “Derechos indígenas en Argentina_ Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional” expresan: “Creemos importante resaltar entonces que en la Constitución reformada se establecen nuevas pautas de relación entre el Estado argentino y los Pueblos indígenas, relación que deberá desarrollarse en un marco de diálogo intercultural basado en el respeto a la identidad de estos Pueblos. Esto implica el reconocimiento definitivo del pluralismo étnico como posibilidad de los individuos de identificarse a sí mismos y actuar como miembros de Pueblos distintos aunque insertos en la Comunidad nacional, identificación que deberá ser asumida y respetada no sólo por el Estado sino también por el conjunto de la sociedad, con consecuencias jurídicas válidas erga omnes. El respeto a la identidad de los Pueblos indígenas debe traducirse en normas que interpreten y reconozcan las particulares formas indígenas de entender el mundo en que

habitamos y las expectativas que genera en esos pueblos la pertenencia al conjunto, para, de esta manera, establecer un marco de previsibilidad de las acciones positivas del Estado y de las acciones de conflicto”.

Describe luego la Constitución Nacional que ninguna de las tierras que ocupan tradicionalmente “será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...”, dando cuenta a través de ello, el nefasto papel que ha jugado a lo largo del tiempo en diferentes Comunidades Originarias, del país y del extranjero, el otorgamiento de títulos de propiedad individual a sus distintos miembros, y que ha desembocado, las más de las veces, en la desintegración lisa y llana de las Comunidades.

El otorgar títulos de propiedad comunitaria con las características anteriormente descritas evidencia el significado que la tierra tiene para los pueblos indígenas que viene a significar la perpetuidad y propagación de la cultura, en tanto territorio como identidad y cultura. La posible subdivisión y enajenación del territorio, o que el mismo pudiera adquirir características de garantía ejecutable por deudas o créditos bancarios implica una amenaza latente a la cultura, y por tanto una vulneración sistemática de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Estado tiene la obligación ineludible de proteger ese bien preciado so pena de correr el riesgo de construir una nación sesgada, desigual y discriminatoria.

FACULTADES CONCURRENTES DE LAS PROVINCIAS

El artículo 75 inc. 17 de la constitución Nacional finaliza “Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”. Resulta claro que las mencionadas facultades son principalmente de orden legislativo.

Dado que estamos hablando nada menos que de la Constitución Nacional resulta útil traer a colación el orden de prelación de las leyes, mediante el que, relacionando los principios del artículo 5, que ordena a las provincias el dictado de una constitución “de acuerdo con los principios y garantías de la Constitución Nacional”; con el principio de “razonabilidad” que limita las normas inferiores expresado en su artículo 28; y del de la jerarquía normativa expresada en los artículos 31 y 33, resulta evidente la necesidad imperiosa del dictado de la presente ley.

Existe una discusión doctrinaria respecto de la operatividad o no del artículo de la Constitución Nacional en análisis puesto que su ubicación se halla en la parte orgánica de la misma. No obstante, y con el propósito de afianzar la necesidad de la sanción de esta ley traemos a colación al jurista constitucionalista Germán Bidart Campos, quién en su artículo titulado “Los derechos de los pueblos indígenas argentinos”, publicado en el diario “LA LEY” del 21/5/96, ha dicho: “La cláusula citada de la Constitución (artículo 75 inc. 17) implica el reconocimiento directo y automático de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; o sea que es operativa, con el sentido de que el Congreso no podría negar ese reconocimiento. Se trata de lo que en doctrina constitucional se denomina el contenido esencial que, como mínimo, debe darse por aplicable siempre, aún a falta de desarrollo legislativo”.

La Reforma Constitucional de 1994, al reconocer la “posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan” los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17), incluye este derecho como corolario del derecho a la identidad. Señalan Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya que “Para la cosmogonía indígena –más allá de la diversidad de culturas– la tierra no tiene un tinte patrimonialista, no se la ve como mercancía que se puede apropiarse y usar ilimitadamente; su estrecha vinculación con la tierra es elemento consustancial de la existencia misma del grupo, razón por la cual se la debe entender como la base material para la continuidad de su acervo cultural, como lo dice la Constitución de Brasil (artículo 231.1). En suma, las tierras son para ellos un vínculo histórico, material y espiritual”. (Quiroga Lavié, Benedetti, y Cenicacelaya, Derecho Constitucional..., Tomo I, pág. 334) Ref: Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT –Anotado y Comentado–, página 186.

Por tratarse de una garantía vinculada al reconocimiento de la identidad colectiva como pueblos preexistentes, Elena Highton considera que la “propiedad” indígena participa “de las características de los bienes del dominio público”, ajena al derecho privado. “Identificar la propiedad comunitaria indígena con las formas tradicionales de propiedad, importa desconocer las profundas diferencias que existen entre ellas”, sostienen por su parte, Alterini, Corna y Vázquez: “Se trata en realidad de un derecho colectivo sobre un espacio territorial cuya denominación como “propiedad” no puede interpretarse con los parámetros del derecho privado. Sin embargo, respecto de los particulares extraños y el Estado, la “propiedad” indígena tiene como mínimo todas las garantías de la propiedad privada. Ref: Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT –Anotado y Comentado–, página 186.

Es en esta lógica que se presenta el proyecto de ley en análisis con la clara convicción que el reconocimiento, instrumentación y entrega de los títulos de propiedad comunitaria a las comunidades indígenas asentadas en el territorio de la Provincia, en los términos descritos en la parte resolutive de la presente, constituye un acto de reparación en tanto significa una devolución de las tierras indígenas a quienes les pertenece, a fin de constituir las bases de una provincia intercultural que reconozca a la cultura mapuche como parte integrante y fundamental de una provincia más justa e igualitaria.

EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el año 2000 quedó ratificado el Convenio n° 169 de la OIT, completando –junto con el reconocimiento constitucional– el marco jurídico federal.

Es importante destacar que el artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas, de raigambre supra legal en función de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno conforme artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y ratificado por ley nacional N° 24.071, prescribe que: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. Es decir, es obligación ineludible del Estado el relevamiento, determinación

y demarcación de los territorios indígenas. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicando el artículo 21 de la Convención Americana –de raigambre constitucional conforme artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna– decidió: “que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tigni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicado en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de dicha comunidad”. Caso “Awas Tigni vs. Nicaragua” sentencia de fecha 31 de agosto del 2001.

Párrafo aparte merece la especial mención que tanto la Constitución Nacional como el Convenio 169 hacen respecto de la “posesión indígena”. Al respecto, es necesario traer a colación la interpretación doctrinaria que debe realizarse en clara contraposición con la “posesión civil”: La “posesión indígena” de sus tierras, territorios y recursos, en cambio, mejor conceptualizada como relación, es profundamente diferente de aquella que aparece en el Código Civil y que responde a principios muy distintos de los que animan a las culturas originarias. La “posesión” del Código Civil tiene como fundamento una relación con la naturaleza según la cual el ser humano es el dominador y explotador de ella y sus recursos. En consecuencia, la exteriorización de esta posesión está dada por los actos de ejercicio de dominio sobre el suelo, entendiéndose a éste como una cosa que puede soportar cualquier uso o explotación, incluyendo su enajenación como mercancía. La relación de los pueblos indígenas y de sus miembros con todos los elementos del ambiente, humanos y no humanos, por el contrario, se rige por normas ancestrales de convivencia y respeto mutuo. La “posesión indígena” no se exterioriza en actos de dominio sobre una tierra convertida en objeto sino en actos de conservación y mantenimiento para la vida común. La “posesión” del código civil occidental requiere mostrarse a través de cierta violencia sobre la naturaleza. La “posesión indígena”, por el contrario, se expresa en la preservación de la biodiversidad con presencia humana. De allí que la “posesión indígena” alude a las tierras que tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna manera y no a la voluntad de sometimiento. Tiene el mismo nombre que la posesión civil pero se trata de un concepto diferente, con características distintas y con fundamento en el derecho internacional público y no en el derecho privado interno.

Es necesario destacar esta distinción porque todos los mecanismos procesales están formulados para dilucidar la propiedad y posesión civiles, y resultan inadecuados para proteger los derechos indígenas. De modo que las reglas procesales que se imponen a los litigios con los pueblos indígenas tienen la característica de perjudicar y obstaculizar los derechos constitucionales favoreciendo pretensiones fundadas en normas de inferior jerarquía” Ref: Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT –Anotado y Comentado–, página 186.

Pues bien, resulta claro que debe realizarse una interpretación especial del derecho cuando se habla de posesión y propiedad indígena que requiere un conocimiento especial a una nueva rama de derecho como es el “derecho indígena”. Este proyecto de ley debe ser mirado desde la óptica del derecho internacional público en materia de derechos humanos y derechos indígenas.

DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Mucho más contundente y específico en cuanto al alcance de la noción jurídica de preexistencia resulta el contenido de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en el año 2007 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en tanto su artículo 26 nos revela muy claramente que: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. 2. “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”. 3. “Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

LEY NACIONAL N° 26.160 Y SU PRORROGA N° 26.554

En el año 2006 el Gobierno Nacional expresa la fuerte voluntad política de proceder a la demarcación de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas del país, dando efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14.2 del Convenio N° 169 de la OIT que obliga a los gobiernos a “tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

Por ello se dicta la ley N° 26.160 en el año 2006, ordenando la realización de un relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las Comunidades Indígenas del país, en consulta y participación de los representantes de los Pueblos Indígenas. Asimismo declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras, suspendiendo la ejecución de sentencias o actos administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de esas tierras por el plazo de la emergencia declarada –cuatro años–. La norma otorga la característica que debe tener dicha posesión: actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada. Asimismo, la norma prevé que durante los 3 (tres) primeros años, contados a partir de la vigencia de dicha ley, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico —jurídico— catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales. El organismo de aplicación de esta ley nacional es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas –INAI–, organismo actuante dentro de la esfera del Ministerio de Desarrollo social de la Nación. Posteriormente se procedió a reglamentar dicha norma bajo el dictado del Decreto Reglamentario 1122/2007. Asimismo, por Resolución 587/07 del INAI ha creado el Programa Nacional de “Relevamiento territorial de comunidades

indígenas – ejecución de la ley N° 26.160”. Dicho relevamiento se viene implementando a través de dicho programa en una gran cantidad de provincias a lo largo y ancho del país.

IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 26.160 EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO Y SU ADHESIÓN POR LA LEYES N° 4.275 Y N° 4.753

El Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas –CODECI–, creado por ley provincial D 2.287 y cuyo principal objetivo es actuar como autoridad de aplicación de dicha ley indígena, con carácter consultivo y resolutivo; suscribe un convenio específico con el INAI creando de esta forma el “Programa de Relevamiento Territorial de comunidades indígenas, ley nacional N° 26.160” en la Provincia de Río Negro. Su objetivo principal es la implementación del relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades de los Pueblos indígenas de la Provincia de Río Negro, conforme lo establece la ley nacional N° 26.160.

A tal efecto, el CODECI se obligo a producir resultados:

- a) Relevamiento de la organización de las Comunidades de los Pueblos de la Provincia.
- b) Relevamiento de los antecedentes de ocupación de los territorios de las comunidades de cada Pueblo y la historia de los procesos que determinaron la situación territorial de cada comunidad;
- c) Relevamiento de los aspectos socio productivos y de los recursos de las comunidades de cada Pueblo;
- d) Implementación del sistema de información geográfica según especificaciones desarrolladas en el Sistema de Información Geográfica Jaguar para definir el territorio que ocupan en forma tradicional, actual y pública las comunidades, adjuntando toda documentación utilizada durante la ejecución del proyecto “Programa Provincial”;
- e) Estudio de la legalidad y legitimidad de los títulos correspondientes a los territorios que ocupan en forma tradicional, actual y pública de las Comunidades;
- f) Mapa de conflictos de los territorios relevados, con posibles estrategias de regularización dominial para cada uno de ellos;
- g) Diagnóstico que sistematice la situación de las comunidades de cada pueblo indígena y sus territorios;
- h) Plan operativo para instrumentar el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de los territorios que ocupan las comunidades relevadas (artículo 75 inc. 17 CN).

Conforme surge del convenio suscrito el Plan operativo debe contemplar: 1) la identificación de las tierras de dominio provincial ocupadas por las comunidades relevadas a los efectos de que el INAI formule proyectos de regularización dominial en forma conjunta con la provincia de Río Negro; 2) La identificación de las tierras fiscales de dominio nacional ocupadas por las comunidades relevadas a los efectos de que el INAI gestione los proyectos de regularización dominial en forma conjunta con los organismos nacionales competentes; 3) Inscripción en la Dirección General de catastro Provincial de las mensuras y/o levantamientos territoriales de las comunidades relevadas en el marco de la Ley N° 26.160; 4) Proponer y formular proyectos de regularización e el marco del Programa fortalecimiento comunitario (Res. INAI N° 235/04 en las Comunidades relevadas; 5) Realizar las tareas necesarias para contribuir a la apropiación por la comunidad de las herramientas para gestionar la instrumentación

del reconocimiento constitucional. Dichas tareas deberán contemplar que miembros de cada comunidad se capaciten en el uso de navegadores satelitales, delimitación de los usos y límites del espacio territorial; y gestión de estrategias jurídicas de instrumentación de los derechos constitucionalmente reconocidos; 6) Difusión y publicidad en las Comunidades y en la Provincia de los alcances de la ley N° 26.160 y del estado de emergencia de propiedad comunitaria indígena declarado por esa ley, 7) Entregar, por cada una de las Comunidades relevadas, a través de sus representantes, una CARPETA TECNICA, que deberá sustanciarse como expediente administrativo, debiendo contener:

- a) La narrativa y croquis del territorio que en forma tradicional, actual y pública ocupa cada comunidad relevada, realizado por la propia comunidad y georreferenciado según el sistema de Información Geográfica Jaguar;
- b) La mensura y/o levantamiento territorial del o los territorios de la Comunidad inscriptos ante el organismo provincial competente;
- c) El estudio de títulos del levantamiento territorial;
- d) Los resultados del Cuestionario Socio-Comunitario;
- e) El relevamiento de los aspectos socio-productivos y recurso naturales existentes en el territorio de la Comunidad;
- f) La narración de la historia de los procesos que determinaron la situación territorial actual de la Comunidad;
- g) El desarrollo de las estrategias jurídicas correspondientes a la condición dominial que ostente el territorio relevado tendiente a la efectiva instrumentación del reconocimiento constitucional;
- h) Las actas originales labradas para la ejecución del Programa Provincial con respecto a la comunidad

Es importante resaltar el rol del CODECI en tanto organismo provincial que ha avanzado con la confección de las CARPETAS TÉCNICAS que constituyen de por sí el Relevamiento técnico, jurídico y catastral a que refiere la ley nacional N° 26.160 y su prórroga. Resulta pertinente analizar los aspectos resaltados: “(h) Plan operativo para instrumentar el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de los territorios que ocupan las comunidades relevadas (artículo 75 inc. 17 CN)” por tanto el presente proyecto de ley se enmarca en resultados que el mismo gobierno provincial ya se obligó a producir. Este proyecto es la instrumentación práctica a través de la creación de los mecanismos adecuados para llevar adelante el proceso de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria de las comunidades indígenas asentadas en la Provincia de Río Negro. Consideramos que la instrumentación del Relevamiento llevado a cabo en el territorio de la provincia constituye un primer paso de reconocimiento de derechos hacia los pueblos indígenas que de ninguna manera se acaban con este proyecto de ley.

Sabemos que existen comunidades indígenas que aún no han sido relevadas, como también somos conscientes que el derecho a la posesión y propiedad comunitaria no debe limitarse a la temporalidad de una ley nacional –N° 26.160–. Por ello es que proponemos que este proyecto se constituya en el puntapié para iniciar un camino de reconocimiento de derechos, de consulta y participación a las comunidades indígenas y sus organizaciones políticas a fin de instrumentar mecanismos que abarquen un sistema integral que implique un ordenamiento territorial de la Provincia de Río Negro.

LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA Y LA LEY INTEGRAL INDÍGENA 2.287

Por su parte, el artículo 42 de la Constitución de la Provincia de Río Negro establece: “El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse”.

Dice el mismo artículo que el Estado “Promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee...”, por lo que si los Estados, provincial o municipal, no han instado y promovido la entrega de títulos con este claro reconocimiento al territorio indígena ubicado en la parte dogmática de la Constitución Provincial, es responsabilidad exclusiva de quienes ejercieron el poder en esas jurisdicciones durante los años que lleva de vigencia la actual Constitución. Concluye el artículo responsabilizando al Estado de promover, para el indígena rionegrino, “los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse”. Se evidencia que el texto provincial, no obstante haber sido aprobado seis años antes de la reforma a la Constitución Nacional, ya se encontraban en ella delineados algunos de los puntos que luego fueron incorporados a la reforma de 1.994.

LEY PROVINCIAL D 2.287 “LEY INTEGRAL DEL INDÍGENA RIONEGRINO”

Luego de un amplio debate público que incluyó a distintos actores sociales de la provincia y que involucró la participación de los indígenas existentes en la misma en un proceso superior a dos años, finalizando el año 1.988 se dictó por la legislatura provincial la ley N° 2.287 o Ley Integral del Indígena Rionegrino, publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 1989. En ella se brindan los lineamientos de la política indígena de la provincia aún con anterioridad a la mayoría de las normas que brindan hoy el sustento jurídico al denominado “derecho indígena”. No obstante, y atento la fecha de su sanción, deberemos detenernos al capítulo específico de tierras. El capítulo III establece el marco jurídico relacionado con la propiedad de la tierra de los pobladores y/o comunidades indígenas existentes en la Provincia. Así, el artículo 11 establece: “Dispónese la adjudicación en propiedad de la tierra cuya actual posesión detentan los pobladores y/o comunidades indígenas existentes en la Provincia”.

No obstante dicho reconocimiento, en el presente proyecto de ley se propicia la derogación de los artículos 18, 19, 20 y 21 de la ley D 2.287 por tanto los mismos le atribuyen caracteres a la propiedad de la tierra que si bien van en dirección de la protección de perpetuidad de las tierras que la Provincia otorgaría a las comunidades indígenas, hoy contrarían claramente la característica principal de la propiedad

comunitaria adoptada por la constitución nacional en su artículo 75 in c 17, en el convenio 169 de la OIT, y de la Declaración Universal sobre derechos de los pueblos indígenas. Veáse que el proyecto de ley en análisis recepta el nuevo marco jurídico al caracterizar a la propiedad comunitaria en su articulado. Por tanto, entendemos que debe derogarse los artículos mencionados puesto que el espíritu de la protección obedece al régimen aplicable de las tierras fiscales. Cuando de pueblos indígenas se trata, y de acuerdo a la noción de “preexistencia” anteriormente descrito, es obligación del Estado aplicar el concepto de discriminación positiva, es decir crear condiciones y normas especiales para casos especiales. Pues bien, el derogar estos artículos implica otorgar un tinte de protección a perpetuidad de las tierras pertenecientes a las comunidades indígenas.

A mayor abundamiento, resaltamos un fallo judicial firme de la Provincia Argentina de Río Negro describe con precisión esta noción cuando dice: “La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional (artículo 75 inc. 17 de la Constitución Argentina), toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil argentino). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional”.

“Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable (artículo 75 –inciso 17– de la Constitución Nacional). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria...”.

“El vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etcétera: ver, por ejemplo, Salas-Trigo Represas, "Código Civil Anotado", comentario a los artículos 2789 y siguientes). Aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado”. (Autos: "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo, Expte. 14012”, Fdo: Emilio Riat, Juez Civil, Comercial y de Minería n° 5 de la III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, sentencia del 12 de agosto de 2004).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Estado de Nicaragua” del 31/8/01 revela que “La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tienen efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado...El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Es

decir que no se les debe exigir la presentación de títulos formales de propiedad, bastando el hecho mismo de la ocupación tradicional de sus territorios. Este hecho originario, una vez comprobado, opera como causa y título formal de sus derechos de propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

3. PARTE RESOLUTIVA DEL PROYECTO

El objeto del proyecto de ley tiene por objeto fundamental brindar mayor seguridad jurídica a las comunidades indígenas cuyos territorios han sido delimitados y marcados conforme las prescripciones de la ley nacional N° 26.160. Se busca brindar el contenido, los principios y el procedimiento destinados a instrumentar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena. Se reconoce las características especiales que conlleva el título de propiedad comunitaria, de acuerdo con los estándares jurídicos nacionales e internacionales. Por ello el artículo segundo prevé a la propiedad comunitaria, como un derecho de carácter colectivo, de fuente constitucional y cuyo régimen es de orden público. Es inembargable, insusceptible de gravámenes, inenajenable, intrasmisible e imprescriptible (artículo 1°).

Por ello, se propicia la entrega del título de propiedad comunitaria de las tierras que han sido objeto de estudio en el marco del “Programa de Relevamiento Territorial de comunidades indígenas, ley nacional N° 26.160” ejecutado en la Provincia de Río Negro en forma conjunta entre el CODEC.I y el INAI, y cuya carpeta técnica hubiera sido debidamente aprobada mediante acto administrativo por el INAI, en su carácter de organismo de aplicación de la ley nacional N° 26.160 (artículo 2°).

Asimismo, se prevén aquellas situaciones en que algunas comunidades no hubieran sido aún relevadas instando a pedido de éstas la registración en la Dirección de Catastro y Topografía y en el Registro de la Propiedad del Inmueble de la Provincia de Río Negro, la posesión y propiedad comunitaria correspondiente con el territorio de la comunidad solicitante a fin de proceder a la posterior confección de la mensura y otorgamiento del título de propiedad comunitaria indígena en los términos del artículo anterior. Asimismo, se prevé la inscripción ante los organismos mencionados de aquellos territorios que han sido reconocidos por sentencia judicial firme y aquellos casos en que el Estado Nacional o Provincial hubiera reconocido u otorgado la propiedad a una comunidad determinada (artículo 2°).

El artículo 3° prevé la entrega del título de propiedad comunitaria a favor de una o más Comunidades Indígenas o de una Organización de Pueblos Indígenas, con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, respetando para ello el debido consentimiento libre, previo e informado de los sujetos de derechos involucrados.

El artículo 4° dispone que las comunidades deben tener la personería jurídica.

El artículo 5° establece que la carpeta técnica producto del relevamiento deberá encontrarse aprobada por INAI, en su carácter de organismo de aplicación de la ley N° 26.160 mediante acto administrativo de dicho organismo.

Por su parte, el artículo 6° prevé la obligatoriedad de crear en el ámbito de la Dirección de Catastro y el Registro de la Propiedad provinciales un registro a fin de la pertinente inscripción de los respectivos títulos de propiedad comunitaria.

Los artículos 7° y 8° prevén la creación de una Unidad Ejecutora Provincial integrada por representantes del gobierno ejecutivo y legislativo, y la debida representación indígena. Será la instancia encargada de llevar adelante el proceso de reconocimiento de

posesión y propiedad comunitaria indígena y los trámites pertinentes que dicha misión requiere (inscripción de la cartografía ante la Dirección de Catastro de la Provincia, inscripción ante el Registro de la Propiedad del Inmueble, notificación a los sujetos de derechos, entre las principales).

Por su parte, el artículo 10° prevé que la escritura traslativa de dominio será efectuada a través de la Escribanía General de la Provincia de Río Negro.

En función de todo el marco jurídico en materia de reconocimiento de derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, a nivel internacional, nacional y provincial, no caben dudas que ésta ley resulta ser una clara obligación del legislador que no debe ni puede dilatarse en absoluto. Debe realizarse una interpretación armónica de todas las normas que reconocen el nuevo marco jurídico, y es obligación del Estado, en todos sus órdenes, adecuar sus normas internas (leyes, resoluciones, decretos, actos administrativos) a este marco jurídico que no es ni más ni menos que una reparación al genocidio perpetrado contra los pueblos indígenas de Latinoamérica, y particularmente al pueblo mapuche-tehuelche en esta región del cono sur.

La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento destinados a instrumentar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, de conformidad con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, las obligaciones establecidas en la ley N° 24.071 que aprueba el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; el artículo 42 de la Constitución Provincial y la ley “Integral Indígena D 2.287”.

Por ello:

**LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SANCIONA CON FUERZA DE
LEY**

Artículo 1°. Propiedad Comunitaria Indígena. Se establece que la propiedad comunitaria indígena, en su carácter de derecho colectivo, constitucional y de orden público, es inembargable, inenajenable, intrasmisible, imprescriptible y no puede ser gravada por derechos reales de garantía, conforme los regímenes jurídicos de derechos humanos y los usos y costumbres de los pueblos indígenas de la Provincia de Río Negro.

Artículo 2°. Características. La propiedad comunitaria indígena comprende a aquellos inmuebles ocupados tradicionalmente por las Comunidades Indígenas, y sobre la que ostentan una posesión caracterizada por el uso comunitario de aguadas, zonas de agricultura, crianza de animales, sitios de asentamientos, itinerarios tradicionales de caza y recolección, cementerios y lugares sagrados, siendo ella solo una enumeración meramente enunciativa, y que se encuentre relevada en el marco del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por la ley N° 26.160, y su prorrogación ley N° 26.554, ambas ratificadas por leyes provinciales N° 4.275 y N° 4.753.

En aquellos supuestos de comunidades que aún no han sido relevadas y a pedido de éstas, deberá dejarse asentado en la Dirección de Catastro y Topografía y en el Registro

de la Propiedad del Inmueble de la Provincia de Río negro, la posesión y propiedad comunitaria correspondiente con el territorio de la comunidad solicitante a fin de proceder a la posterior confección de la mensura y otorgamiento del título de propiedad comunitaria indígena en los términos del artículo anterior.

Asimismo, deberá procederse a la inscripción ante los organismos mencionados de aquellos territorios que han sido reconocidos por sentencia judicial firme y aquellos casos en que el Estado Nacional o Provincial hubiera reconocido u otorgado la propiedad a una comunidad determinada.

Artículo 3°. Titularidad de la Propiedad Comunitaria Indígena. La titularidad de la propiedad comunitaria Indígena, se instrumentará a favor de una o más Comunidades Indígenas o de una Organización de Pueblos Indígenas, con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, respetando para ello el debido consentimiento libre, previo e informado de los sujetos de derechos involucrados.

Artículo 4°. Personería Jurídica. Las Comunidades Indígenas deberán, en forma previa al inicio del trámite de reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria, contar con personería jurídica debidamente inscrita en el organismo competente.

Artículo 5°. Aprobación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Las carpetas técnicas producto del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por la ley N° 26.160 y ley N° 26.554, ambas ratificadas por leyes provinciales N° 4.275 y N° 4.753, deberán ser aprobadas por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

Artículo 6°. Creación del Registro Especial. La Dirección de Catastro y Topografía y el Registro de la Propiedad del Inmueble de la Provincia de Río Negro, anotarán y registrarán las propiedades comunitarias indígenas en un Registro Especial que crearán a ese efecto.

Artículo 7°. Unidad Ejecutora Provincial. Crease la Unidad Ejecutora Provincial la que estará integrada por el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas, la Dirección de Tierras, la Comisión Investigadora para el Relevamiento de Transferencias de Tierras Rurales creada por ley N° 4.744, los representantes del Consejo de Participación Indígena por la Provincia de Río Negro ante el INAI y los representantes de las organizaciones políticas indígenas del pueblo Mapuche. La Unidad Ejecutora deberá integrarse en un plazo de noventa (90) días a partir de la sanción de la presente ley.

Artículo 8°. Funciones de la Unidad Ejecutora Provincial de la Propiedad Comunitaria Indígena. La Unidad Ejecutora deberá:

1. Registrar ante la Dirección de Catastro de la Provincia de Río Negro la cartografía comunitaria resultante del relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto en el artículo 3° de la ley N° 26.160 y ley N° 26.554 reconocida de la manera establecida por el artículo 6°, y las demás situaciones previstas en el artículo 2° de la presente ley. La cartografía mencionada será considerada a todos los efectos legales como mensura, de conformidad a lo previsto en la ley nacional N° 3.483.

2. Notificar fehacientemente el acto de registración a las Comunidades Indígenas u Organizaciones de los Pueblos Indígenas y a los titulares registrales, en su carácter de partes legitimadas.
3. Llevar adelante todos los actos necesarios tendientes a lograr el reconocimiento y la instrumentación de la posesión y propiedad comunitaria indígena en el territorio de su jurisdicción.
4. Intervenir ante la Escribanía General de Gobierno para que por su intermedio se otorgue la escritura traslativa de dominio a la comunidad indígena u organización política indígena.
5. Solicitar la inscripción de la propiedad comunitaria indígena en el Registro de la Propiedad Inmueble Provincial.

Artículo 9°. La escritura traslativa de dominio será otorgada por el representante legal de la Escribanía General del Gobierno de la Provincia de Río Negro, de manera gratuita para las comunidades indígenas u organizaciones de los Pueblos indígenas.

Artículo 10. Derogase los artículos 18, 19, 20 y 21 de la ley N° D 2.287.

Artículo 11. Dispónese que esta ley es de Orden Público.

Artículo 12. De forma.

Coautores: Cesar Miguel, Silvia Horne.

Este libro fue impreso en: La Imprenta Digital S.R.L.

www.laimprentadigital.com.ar

Melo 3711, Florida, Provincia de Buenos Aires

En el mes de mayo de 2015