

Universidad Empresarial Siglo 21



Trabajo Final de Graduación. PIA

**LA VIOLACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS: CONTROVERSIAS EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LA
LEY 26.160 DE COMUNIDADES INDÍGENAS**

STARNARI, ALEJANDRA PATRICIA

DNI: 24.093.600

ABOGACIA

Año 2019

Agradecimientos

A Dios por bendecirme con la vida y enseñarme a vivirla.

A mi padre, que es la estrella que me guía y el que me enseñó a nunca bajar los brazos.

A mi madre, que me acompaña siempre.

A mi esposo, por su apoyo incondicional, su paciencia y por creer siempre en mí.

A mi hija Jazmín que con su amor y su apoyo, fue mi motivación en las noches de estudio, y durante los últimos años de la carrera.

A toda mi familia por su apoyo incondicional.

A los compañeros/amigos de la Universidad Nacional de Río Cuarto pilares fundamentales para mi formación.

A la Universidad Siglo 21 por permitirme cumplir mi sueño.

Agradecida eternamente.

Resumen

En este trabajo se analiza el instituto de la propiedad comunitaria indígena en torno a los aspectos jurídicos de la Ley N° 26.160 e intenta dilucidar si existe una violación del derecho de propiedad de los Pueblos originarios, en razón de plantearse si la falta de una plena aplicación de la mencionada norma, en todos sus aspectos, constituye una violación constitucional a los derechos de propiedad de las comunidades indígenas.

De esta manera, se indaga en torno a los aspectos jurídicos del instituto de la propiedad comunitaria indígena, el alcance y aplicabilidad de la referida Ley, junto con argumentos jurisprudenciales acerca de dicho instituto.

Para aportar a una reflexión respecto de la necesidad de una norma de Propiedad Comunitaria que considere a los Pueblos Originarios sujetos plenos de derechos.

Palabras clave: Instituto de la Propiedad Comunitaria Indígena, Ley N° 26.160, derecho de propiedad, pueblos originarios, argumentos jurisprudenciales.

Abstract

This paper analyzes the institute of Native Community property about legal aspects of Law No. 26,160 and it tries to clarify if there is a violation against to Native Peoples property right, by considering whether the lack of full application on the aforementioned norm, in all its aspects, it constitutes a constitutional violation against to Native Peoples property rights. In this way, the legal aspects of the Institute of Native Community Property, the scope and the applicability of the aforementioned Law, along with jurisprudential arguments about the mentioned institute are inquired. Summarizing it is important to contribute with a reflection on the need for a Property Community norm which considers to Native Peoples full of rights.

Key words: *Institute of Native Community Property, Law No. 26.160, property rights, Native peoples, jurisprudential arguments.*

Índice general

Introducción general	7
Capítulo 1 Consideraciones Generales	10
1.1 Introducción parcial	11
1.2 Concepto de tierra y territorio	11
1.3 Análisis del derecho de propiedad de los Pueblos Originarios con sus tierras.....	13
1.4 Antecedentes en materia de tierras y territorios indígenas	15
1.4.1 Antecedentes legislativos antes de la reforma de 1994	15
1.5 Conclusiones parciales	16
Capítulo 2 Marco legal en materia de territorios y tierras indígenas.....	18
2.1 Introducción parcial.....	19
2.2 Normativa internacional	19
2.3 Los derechos de los Pueblos originarios en la Constitución Nacional de 1994	21
2.4 Legislación Nacional	22
2.5 Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas.....	23
2.6 Conclusiones parciales	25
Capítulo 3 Análisis de las distintas problemáticas referidas al derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.....	28
3.1 Introducción.....	29
3.2 La Posesión y propiedad comunitaria de las tierras, territorios y recursos.	29
3.3 La ocupación tradicional: indisponibilidad e imposibilidad de desalojos.....	30
3.5 Ejecución del relevamiento territorial a cargo del Poder Ejecutivo nacional y de los gobiernos locales	32
3.6 Análisis de jurisprudencia en torno al Derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas	35
3.7 Conclusiones Parciales	40
Conclusiones finales	41

Bibliografía.....	44
I- Doctrina.....	44
II- Legislación.....	45
III- Jurisprudencia.....	45

Introducción general

En este trabajo se pretende analizar el instituto de la propiedad comunitaria indígena en Argentina a partir de la realidad que atraviesan las comunidades en sus territorios. En este sentido a pesar de los avances normativos en los últimos años respecto de la protección de los derechos de las comunidades indígenas, tanto a nivel nacional como internacional, ha sido muy difícil avanzar en su cumplimiento y puesta en práctica efectiva para que dichos pueblos puedan gozar de los derechos conquistados. Más allá de las particularidades de cada comunidad y de cada jurisdicción, se realizara un análisis jurisprudencial que permita exponer y evidenciar dicha controversia.

Cuando se dictó la Ley 26.160 de Comunidades Indígenas que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas asentadas en el actual territorio argentino y que establece además el relevamiento técnico y catastral de las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas, hubo una contradicción entre el cumplimiento de determinados aspectos de la ley y la aplicabilidad plena de la misma.

Esta problemática surgida en los últimos años forma parte de las tensiones producidas entre el Estado y las comunidades que luchan por la reivindicación de sus tierras .No debe olvidarse que el derecho a la restitución es reconocido por el Convenio N° 69 OIT (Art. 14.3). Se trata de tierras que los pueblos indígenas reclaman por haber sido despojados con anterioridad al reconocimiento de los derechos. El Estado Argentino no ha normado aun un mecanismo para el ejercicio de este derecho, pero ello no lo exime de responsabilidad por cuanto el mismo Convenio responsabiliza a los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática que promueva la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, respetando la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (art.2 (b)).

Con todo lo expuesto, la problemática que el trabajo de investigación propone estará centrada en responder de forma primordial la siguiente pregunta ¿La falta de aplicación de la ley 2.160, en todos sus aspectos, constituye una violación constitucional a los derechos de propiedad de las comunidades indígenas?

En este contexto, el trabajo se planteara como objetivo general analizar el instituto de la Propiedad Comunitaria indígena en torno a los aspectos jurídicos, alcance y aplicabilidad de la ley 26.160. Mientras que los objetivos específicos son los de :

explicar el instituto de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, examinar el derecho vigente respecto de la propiedad comunitaria, describir la problemática respecto del derecho a la propiedad comunitaria en la Argentina, identificar los más recientes incidentes de abuso y violencia respecto de la propiedad comunitaria de los Pueblos Indígenas en la República Argentina y reconocer argumentos jurisprudenciales acerca del Instituto de la propiedad comunitaria de los indígenas. Por lo que por medio de este trabajo de investigación, se pretende aportar a la construcción de una reflexión respecto de la necesidad imperante de una ley de Propiedad comunitaria que considere a los Pueblos originarios sujetos plenos de derechos y los respete en su dignidad como naciones particulares con cosmovisiones propias.

Por lo expuesto, la hipótesis investigativa consiste en afirmar que a pesar del mandato constitucional del inc. 17 del artículo 75, el cual recepta el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros instrumentos jurídicos internacionales, existiría una violación sistemática al derecho de propiedad comunitaria de los Pueblos Indígenas, ya que la normativa nacional no se adapta, ni cumple con los parámetros establecidos en el orden del derecho internacional.

Además, al analizar la ley N° 26.160 y las distintas problemáticas respecto del derecho de propiedad comunitaria se puede revelar la falta de aplicación plena de la misma y los inconvenientes que han demorado dicho incumplimiento con su consecuente violación del derecho de propiedad comunitaria de carácter meramente constitucional como se menciona más arriba, como así también identificar un vacío respecto de la forma de instrumentar, una vez delimitados los espacios comunitarios la titulación de las tierras indígenas.

En cuanto a la metodología de investigación el tipo de investigación a utilizar es el descriptivo, mientras que como estrategia metodológica se asumirá una cualitativa que permitirá plasmar toda la información recopilada con el solo objeto de comprender el instituto de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y su normativa correspondiente.

Para realizar la presente investigación las técnicas son: el análisis documental y el análisis de contenido que nos permitirán interpretar adecuadamente las leyes referidas al instituto de propiedad comunitaria como así también las dificultades y particularidades que presentan en su aplicación práctica.

Por último, este estudio se organiza en tres capítulos. En el capítulo uno, se analizarán los conceptos de tierra, territorio y el derecho de propiedad de los Pueblos

originarios, además de antecedentes en materia de tierras y territorios indígenas. El segundo aborda el marco legal en materia de territorios indígenas, partiendo de la normativa internacional al respecto para luego analizar la normativa nacional.

El tercer apartado analiza las diferentes problemáticas relacionadas al derecho de propiedad comunitaria de los Pueblos Indígenas; así como también jurisprudencia al respecto de dicha problemática, en torno a los fallos de la Corte Suprema de Justicia, en adelante, (CSJ) y de los Tribunales Superiores provinciales.

Capítulo 1

Consideraciones Generales

1.1 Introducción

El objetivo de este primer capítulo es introductorio. En primer término se definen conceptos básicos que serán utilizados durante el desarrollo de este trabajo, los que revisten una particular relevancia en pos de comprender de manera adecuada la problemática investigada. Lo que aproximarse a la conexión especial que existe entre la tierra y los pueblos originarios.

Además, se realizara un análisis de los antecedentes legislativos en materia de tierras y territorios indígenas y se profundiza sobre el reconocimiento constitucional a partir de la reforma del año 1994, cuyo fundamento consiste en la reparación histórica y en el reconocimiento de la significativa relación de los pueblos aborígenes con la tierra.

1.2 Concepto de tierra y territorio

Generalmente estas acepciones se utilizan como sinónimos, sin embargo cada una encierra una visión del mundo y su conexión con él. Ambas se usan para definir un mismo espacio físico geográfico. El concepto de tierra está asociado al uso y aprovechamiento de un espacio físico y geográfico, mientras que el concepto de territorio está asociado a la pertenencia a ese espacio y su dependencia existencial.

Cuando se emplea el término “*tierras*” se debe incluir el concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Convenio N° 69 OIT, artículo 13.1). Por lo tanto, el territorio es el espacio que los pueblos indígenas comparten con los demás seres vivos en una relación directa como garantía de auto sostenibilidad mutua, de libertad incondicional para la manifestación de sus espiritualidades y culturas. Es el espacio vital del desarrollo y del ejercicio de sus derechos colectivos, sus autonomías y actividades para procurar su sostenibilidad económica, social, cultural y política.

Algo que distingue a los pueblos indígenas de otros pueblos del mundo es su especial relación con la tierra y el territorio.

Los Pueblos Indígenas han desarrollado un vínculo tan especial, que hace que consideren a la tierra como una madre o como una hermana. Pero esta relación es difícil de explicar, porque no es una relación personal o familiar, sino que es una relación colectiva como pueblos. La tierra de los indígenas son su más valioso bien,

frecuentemente el único de importancia, que a diferencia de las sociedades capitalistas, no tienen un concepto exclusivamente utilitario de la tierra. Esta, no es solo el lugar donde se produce, sino donde se vive, se forma una familia, se rinde culto a los antepasados, se agradecen los dones recibidos, se establecen los lazos sociales y se practica la religión.

Es en esa selva donde los niños aprenden de sus padres como sus padres aprendieron de los suyos como elegir y recolectar frutos, que cuidados y respeto merecen los animales con los que comparten territorio. La tierra no se considera una posesión, sino algo superior y más perdurable que el individuo, algo que debe cuidarse y respetarse.

El concepto más amplio de territorio ancestral involucra además de consideraciones históricas y culturales de definición de la propia identidad. En cambio para el mundo occidental, la tierra si bien es uno de los elementos necesarios para la producción, no es la única forma de trabajo ni de generación de ganancias.

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 sus estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende de su identidad cultural¹.

Por su parte Vázquez, (2009), señala que

La relación de los pueblos indígenas con la tierra es espiritual y religiosa; esta 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 pueden alcanzar su identidad, pues esta 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 esta no se centra en el individuo, sino en el grupo y su comunidad (...) (p.359)

En la Argentina viven más de treinta pueblos indígenas² y representan el 2,4 de la población total del país³, de la cual el 18% habita en espacios rurales organizados en

¹ Párrafo 135 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Yakye Axa c. Paraguay" (17/06/2005)

² El Censo Nacional de Población, Vivienda y hogares de 2010 registraba, entre los principales, los siguientes pueblos: Atacama, Ava Guaraní o Guaraní, Aymara, Chane, Charrua, Chorote, Chulupi, Comechingón, Diaguita/ Diaguita Calchaquí, Huarpe, Logys, Kolla, Lule, Mapuche, Mbya, Mocoví, Nivacle, Ocloya, Omaguaca, Selk'nam, u Ona, Pampa, Pilaga, Quechua, Querandí, Rankulche, Sanavirón, Tapiete, Tehuelche, Toba, Tonocote, Tupi Guaraní, Vilela y Wichi.

más de 1.600 comunidades, en una extensión de tierras que se estima en más de 14.000.000 de hectáreas.

1.3 Análisis del derecho de propiedad de los Pueblos Originarios con sus tierras

Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y los recursos existentes derivan de la ocupación, el uso tradicional, y de sus normas y costumbres sobre la propiedad y el uso de la tierra y los recursos como lo ha reconocido la Constitución Nacional. En efecto, el artículo 75 inc. 17 “reconoce la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan”. El Convenio N° 69 OIT (artículos 13 a 19), así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 10 y 25 a 32) desarrollan la naturaleza y alcance de estos derechos.

La propiedad comunitaria es una modalidad de la propiedad colectiva, en donde se relacionan una pluralidad de individuos que actúan de acuerdo a sus voluntades, formando así un grupo autónomo social y también organizado mediante una actividad laboral encaminada a la obtención del bien de la comunidad. Así se forma un inderogable nexo entre la propiedad comunitaria y el trabajo (Highton, 1994 p. 277).

La República Argentina ha incorporado en la Constitución Nacional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida también como ‘Pacto de San José de Costa Rica’, la misma no deja su contenido a la libre interpretación que de ella hagan los Estados adheridos sino que establece dos órganos con competencia para determinar su cumplimiento. Estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última es la que tiene jurisdicción final sobre la forma en que los estados deben cumplir con la Convención.

Asimismo, numerosos organismos internacionales han establecido reglas respecto de los derechos de los Pueblos Indígenas, exclusivamente nos referiremos a las establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a nuestro entender cubren íntegramente todas las cuestiones referidas a la propiedad comunitaria indígena que deben ser materia de respeto por el Estado.

³ Según el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas de 2010, 955.032 personas se autor reconocen como indígena y habitan en 368.893 hogares; constituyen el 3% de los hogares. En algunas provincias los pueblos indígenas representan un porcentaje más alto con relación a su población total: Chubut (8,7%), Neuquén (8%), Jujuy (7,9%), Salta (6,6%), Río Negro (7,2%) y Formosa (6,1%).

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de Comunidades Indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en cuenta el Convenio N° 169 de la O.I.T a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención.

Así a partir del año 2001 ha considerado que el artículo 21 de la Convención 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” y que

...el derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las Comunidades Indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro⁴

Respecto de la posesión territorial se ha aclarado que el término “posesión ‘de los Pueblos Indígenas no se identifica con el concepto que el derecho interno que cada país designa con ese nombre, puesto que se trata de una relación con las tierras necesaria para preservar el legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁵ Como sostuvo la Corte Interamericana, “los conceptos de propiedad y posesión en las Comunidades Indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia a esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

Esta noción de dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 para millones de personas”⁶

⁴ Corte IDH, Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua”, sentencia del 31 de Agosto de 2001. Párrafos 148 y 151.

⁵ Corte IDH, Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua”, sentencia del 31 de Agosto de 2001. Párrafo 149.

⁶ Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párrafo 120.

1.4 Antecedentes en materia de tierras y territorios indígenas

En este punto se realiza un recorrido sobre la evolución histórica en materia legislativa previa a la reforma constitucional de 1994 para tener un mayor acercamiento al tema principal de nuestro trabajo.

1.4.1 Antecedentes legislativos antes de la reforma de 1994

Es conveniente remontarse a la época colonial a los fines de hacer una breve reseña normativa respecto al trato y reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. Entre las cuales, surge la Recopilación de Leyes de los reinos de Indias, que se constituyó en un cuerpo sistematizado de reales cédulas, provisiones, decretos y ordenanzas, promulgado por Carlos II en 1680, que pretendía encaminar mediante una técnica misionera, la obra evangelizadora de los originarios habitantes de las tierras descubiertas.

Luego en la Asamblea del año XIII: Sampay, (1975) señala que “en la Asamblea del año XIII se les reconoció y garantizó a los indios sus derechos de libertad e igualdad con respecto a los demás ciudadanos” (pp. 127-128)

En tanto, en la Constitución de las Provincias Unidas de Sud América de 1819: esta Constitución tutela la igualdad de los indios, con relación a los demás ciudadanos ante la ley. Sampay, (1975) también explica que la constitución, en su Sección V- Declaración de derechos, capítulo II, Derechos particulares, se regulo que

...siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, que gozaran de las mismas preeminencias y serán regidas por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o dominación que sea. El cuerpo Legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado (p. 276)

La Constitución Nacional de 1853: disponía como una atribución del Congreso de la Nación el “proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacifico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo” (Segunda parte art... 67 inc. 15) Este inciso refleja claramente el espíritu de la época y la realidad del indígena a mediados del Siglo XIX en la Argentina. Existía aun la noción de fronteras interiores, las cuales había de proteger de los malones y en lo posible celebrar acuerdos de paz con

los caciques. También facultaba al Parlamento para realizar todo lo conducente para la evangelización.

En la reforma de 1949, el tema indígena se resolvió suprimiendo la cláusula constitucional aludida de 1853, al entender que “ los reducidos núcleos de indios que todavía existen en el país no exigen una normativa expresa”.

Ley 23.302 de Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes (B.O 12/11/1985): establecía normas para la “adjudicación ‘de las tierras (no se hablaba del reconocimiento) y pautas para el acceso a derechos sociales como salud, educación y vivienda. Esta ley reconoce el derecho a la participación indígena mediante la creación de un organismo descentralizado con autonomía financiera, el “Instituto Nacional de Asuntos Indígenas” (INAI).

A fines de los 80 y durante la década de los 90, acompañando la reforma constitucional de 1994, varias constituciones provinciales fueron modificadas dándole distintos alcances a los derechos de los pueblos indígenas.

1.5 Conclusiones parciales

Luego del desarrollo de los conceptos básicos utilizados durante este trabajo final de graduación se puede entender que el contenido dado a determinados vocablos, como “propiedad” “tierra” y “territorio”, es variable entre las diferentes culturas.

Los términos tierra y territorio comprenden las facetas espirituales del vínculo con los Pueblos Originarios y es lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan o utilizan dichos pueblos.

La propiedad comunitaria es colectiva posee valor político, económico, social cultural y religioso. En este capítulo se ha querido explicar la conexión entre estos pueblos y la tierra, ellos consideran a la tierra como su madre y la veneran como tal, ella los conecta con su pasado (como el hogar con sus ancestros), con el presente (como proveedora de sus necesidades materiales) y con el futuro (como el legado que guardan para sus hijos y nietos). El núcleo de este profundo lazo es una percepción de que todo lo que tiene vida (montañas, ríos, cielo, plantas, insectos y gente) está inseparablemente interconectado. En el llamado mundo desarrollado, la tierra está en manos de la propiedad privada, de los inversionistas, corporativos o del Estado, y puede ser vendida a voluntad del dueño; sin embargo para los pueblos indígenas, la tierra se posee

colectivamente para la comunidad. Ellos no consideran a la tierra como un mero recurso económico, sus tierras son literalmente fuente de la vida, y sus diferentes estilos de vida están desarrollados y definidos en relación con el ambiente que los rodea.

Por todo ello es que constantemente se exige a los Estados el reconocimiento jurídico de la preexistencia del derecho sobre sus territorios, tierras y recursos naturales que poseen tradicionalmente como pueblos y naciones indígenas originarias; como así también la restitución y restauración de sus bienes naturales, lugares sagrados, tierras y territorios que les han sido arrebatados y despojados.

Considerando los antecedentes legislativos a nivel nacional también podemos dilucidar que en la historia institucional argentina no siempre fueron reconocidos los Pueblos indígenas de la misma manera, pero durante las últimas décadas del siglo XX se produjo una recuperación de los Pueblos Originarios y conquistas de reconocimientos jurídicos vinculados al respeto de su identidad como grupo diferenciado y digno de valoración.

Capítulo 2

Marco legal en materia de territorios y tierras indígenas

2.1 Introducción

En el presente capítulo se analiza el marco jurídico que garantiza los derechos humanos de los pueblos Indígenas en el estado argentino y a nivel internacional, haciendo hincapié en el convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, la Declaración de la ONU sobre los Derechos Humanos de Los Pueblos Indígenas, entre otros.

Y en este sentido, se ahonda en la Convención Constituyente del año 1994 que deroga el Art. 67, inc. 15 e incorpora en su articulado, los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos ahora consagrados constitucionalmente y los reconocimientos realizados por los convencionales fueron considerados un triunfo por la reivindicación de los Pueblos Originarios. Muchas constituciones provinciales participaron del impulso e incorporaron artículos referidos a derechos indígenas.

2.2 Normativa internacional

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas constituye uno de los hitos más recientes en el desarrollo del derecho internacional público; ya que, muchas cláusulas constitucionales que reconocen derechos a los Pueblos indígenas han tomado como inspiración los estándares internacionales en la materia, entre los que se cuenta, como ejemplo privilegiado, el Convenio 169 de la Organización internacional del Trabajo de modo que muchas de las nociones que lo articulan, como la de "pueblo y comunidad indígena", "autoidentificación", territorios tradicionales", "autonomía", "consulta", "usos y costumbres", entre otras, aparecen receptadas de una u otra manera en constituciones y en normas legales en los distintos países de la región.

La influencia del Convenio N° 169 no se ha limitado al papel de "legislación modelo," a ser seguida por los poderes políticos locales. El Convenio 169 ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores, que han actuado en defensa de los derechos e intereses de esas comunidades. Y parte del empleo de ese instrumento internacional ha consistido, justamente, en el litigio ante los tribunales locales y, en su caso, ante los órganos del sistema regional de derechos humanos.

En el referido Convenio se enuncian los derechos de los pueblos indígenas y tribales y los deberes de los Estados ratificantes a este respecto. En el mismo, se parte

del principio de que se han de respetar las culturas e instituciones de los pueblos indígenas y tribales y se da por supuesto su derecho a seguir existiendo en el seno de sus sociedades nacionales, a establecer sus propias instituciones y a determinar el rumbo de su propio desarrollo.

Asimismo, en el Convenio en cuestión se exhorta también a los gobiernos a que consulten a los pueblos interesados acerca de las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente y se enuncia el derecho de estos pueblos a participar en la adopción de decisiones acerca de las políticas y los programas que les interesen.

Entonces, respecto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la misma constituye la base mínima para la protección de los derechos humanos de los pueblos y las personas indígenas, y representa un cambio en la visión tradicional de los derechos humanos. Reafirma por un lado, los derechos individuales, los de cada uno y cada una como personas indígenas y por otro, reafirma los derechos colectivos, de las comunidades de estos pueblos establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales.

Otro instrumento relevante es el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas quien en su artículo 1º determina que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; y que en virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural y en su artículo 27º establece la protección de los derechos de las minorías nacionales, étnicas y lingüísticas.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial que ha prestado una especial atención a la situación de los pueblos indígenas a través de distintos procedimientos. Así como también, ha otorgado una especial atención a la situación de las mujeres indígenas como grupos particularmente vulnerables y desventajosos.

También, cabe mencionar a la Convención sobre la Diversidad Biológica, quien reconoce el derecho de todas las “comunidades indígenas y locales” sobre “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”, así como participar en su aplicación más amplia y en los beneficios derivados de los mismos.

2.3 Los derechos de los Pueblos originarios en la Constitución Nacional de 1994

Recién en el año 1994, la Constitución Nacional reconoció la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas de la Argentina, admitiendo entonces que estos pueblos son anteriores al nacimiento del Estado. Y en ese orden, el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional dispone

(...) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. (...) ⁷

El artículo *ut supra* fue uno de los dos únicos aprobados por unanimidad, con un voto emitido en compañía de múltiples representantes de comunidades de las etnias de todo el país, que constituyó un acto de reivindicación histórica y un abrazo cultural en la diversidad que constituye nuestra nacionalidad

Se reconoció así con el máximo nivel jerárquico normativo derechos colectivos a las comunidades y Pueblos Indígenas, verdadera manifestación de pluralismo jurídico. De esa manera, Bidart Campos (2000) afirma que la igualdad debe ser entendida en un sentido amplio, pluralista y democrático, señalando que “hay diferencias justas que deben tenerse en cuenta para no incurrir en el trato igual de los desiguales” (p.384)

Por último, se puede afirmar que los derechos consagrados constitucionalmente y los reconocimientos realizados por los convencionales son considerados un triunfo en la lucha por la reivindicación de los Pueblos Originarios. Muchas constituciones provinciales participaron del impulso e incorporaron artículos referidos a derechos indígenas, como por ejemplo Salta, Formosa, Chaco, Río Negro, Chubut, Neuquén, Tucumán, Buenos Aires, La Pampa y Entre Ríos

⁷ Inciso 17 del artículo 75 de la Constitución de la Nación argentina

2.4 Legislación Nacional

La Ley Nacional N° 23.302, de Protección de las Comunidades Indígenas, reconoce los derechos de los Pueblos originarios, pero tuvo el desacierto de pretender que éstos pueblos se adecúen de alguna manera a la normativa por ése entonces vigente, desconociendo su preexistencia a la nación y su vínculo originario con la tierra con la cual se identifican, perdiendo su principal objetivo con la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento realizado por el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Entre las particularidades de ésta ley , creo la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas; dispuso la adjudicación en propiedad a las Comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal , según las modalidades propias de cada comunidad , esa adjudicación de tierras será a título gratuito; deben destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas: las tierras son inembargables e inejecutables; en los títulos respectivos se hará constar de la fecha de su otorgamiento; en caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la nación o a la provincia o al municipio según su caso.

En tanto, en la Ley N° 24.071, se aprobó el convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Además, la Ley N° 26.160 que declaro la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades indígenas , u organismo provincial competente a aquellas preexistentes, la cual analizaremos con más detalle en el siguiente punto de este capítulo.

También, cabe destacar a la Ley N° 26.994 que aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en la cual se hace mención a los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en los artículos 14, 18, 225 y 240. Y la Ley 25.517 y su Decreto reglamentario 701/2010, que estableció que deberán ser puestos a disposición de los pueblos Indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen, los restos mortales de integrantes de pueblos, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas.

En otro orden, la Ley N° 26.602 sobre la Educación Intercultural Bilingüe (EIB), bajo esta norma, en el Decreto 700/2009 se creó la Comisión de análisis e instrumentación de la Propiedad Comunitaria indígena. Así como también la Ley N° 26.331 y su Decreto reglamentario 91/2009 que estableció los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos.

La Resolución 328/2010 que creó el Registro Nacional de Organizaciones de pueblos Indígenas (Re.No.Pi). Y la 4811/1996 que creó el registro nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.Ci). Así mismo, no se pueden dejar de mencionar a las leyes N° 23.162 que permite la utilización de nombres indígenas, la 27.118 que declaró de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena y 24.375 que aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica de naciones Unidas.

2.5 Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas

La ley 26.160 que fue impulsada por la entonces senadora Alicia Kirchner fue sancionada en Noviembre de 2006, la emergencia de la propiedad comunitaria indígena surgió a partir del primer lustro del siglo, en que diferentes conflictos y desalojos que emergieron en nuestro país despertaron la conciencia de los legisladores nacionales a partir de reclamos de las Comunidades. Desalojos ocurridos en las localidades de Orán, provincia de Salta y en Esquel, provincia de Chubut, entre otros, pusieron al descubierto la necesidad de contar con una herramienta legal que frene estos desalojos.

Esta ley declara la emergencia por el término de cuatro años en materia de posesión y propiedad de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, suspendiendo todo proceso tendiente a desalojarlas, y ordena la realización de un relevamiento técnico, jurídico y catastral de las tierras actualmente ocupadas por ellas, que debía realizarse en un plazo de tres años. Para tal fin, se creó un fondo de 30 millones (10 millones por cada año que iba a durar el relevamiento) a los efectos de la aplicación de la ley, y se estableció que sería el I.N.A.I. (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) el responsable de todo el proceso.

En tanto, a ley *ut supra* fue reglamentada por el decreto N° 1122/07, que habilita al I.N.A.I. a emitir la resolución N° 587, que a su vez crea el 'Programa de Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas (Re.Te.Ci), promoviendo la

asistencia del Consejo de participación Indígena(CPI), Universidades, Entidades del Estado Nacional y Provincial, Institutos Indígenas y ONGs. Esta ley está imbuida por políticas públicas destinadas a realizar relevamientos de la situación dominial de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, esto es una herramienta fundamental que debería tener el carácter de permanente ya que es indispensable para la organización territorial y para respetar derechos de los pueblos originarios, pero no resuelve ni aporta herramientas relacionadas a la instrumentación de los títulos de esas tierras.

Debido al mínimo porcentaje de ejecución de la ley N° 26.160 y a punto de vencerse los plazos legales dispuestos por la misma, el Congreso de la Nación aprobó una prórroga de la emergencia territorial, suspensión de los desalojos y relevamiento territorial. Sancionada el 18 de noviembre del año 2009, y promulgada el 9 de diciembre del mismo año, la ley la N° 26.554, prorroga la suspensión de desalojos y la realización del relevamiento hasta el 23 de noviembre de 2013, y destina un crédito de 10 millones de pesos adicionales por cada uno de los tres años posteriores a su sanción, al Fondo Especial de Relevamiento Territorial.

En 2013, con la sanción de la ley N° 26.894 se determina que la norma operará hasta noviembre de 2017, provocando una nueva dilación en la solución de los conflictos territoriales de las Comunidades Indígenas, con impacto en la seguridad jurídica de todos los habitantes, tanto particulares como indígenas. Y en ese mismo año, el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) dio a conocer un extenso documento denominado “ Nueva advertencia sobre la inejecución de la ley N° 26.160, en ese sentido un párrafo del informe señala que

(...) El cuadro es decepcionante y justifica las numerosas críticas que diferentes organizaciones y comunidades indígenas han formulado: a seis años de la sanción de la LEY 26.160, apenas una octava parte del programa ha sido cumplida. A este paso parecería que harían falta otros 40 años más para concluir con el trabajo. Muy lejos está el resultado de ése 30 o 40 por ciento que en distintas expresiones ha mencionado el I.N.A.I. Las cifras son más impactantes si las sometemos a un análisis cualitativo y tomamos las provincias de más alta conflictividad con los pueblos indígenas, como Salta, Jujuy, Chaco y Neuquén, mencionadas en informes internacionales. En estas provincias esta el 65% del total de comunidades indígenas del país y en ellas el programa de relevamiento sólo se ha cumplido en un 4% .(ENDEPA, 2013)

Según información proporcionada por el Estado, a 2017 había 1532 comunidades identificadas por el Programa Nacional de Relevamiento Territorial

Indígena (Re.Te.Ci).De ése número, han sido relevadas 759 comunidades, esto es, apenas un 49% del total.

Asimismo, de ése parcial total (759), sólo 459 comunidades cuentan ´con resolución´, que el I.N.A.I. identifica como relevamientos culminados y les reconoce la ocupación actual, tradicional y pública. Finalmente, luego de arduos debates, movilizaciones y acampes frente al Congreso, el mismo, en 2017 convirtió en ley por 214 votos afirmativos la tan ansiada prórroga hasta el 23 de noviembre de 2021.

2.6 Conclusiones parciales

En el presente capítulo se determinó 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.

Como norma internacional se menciona 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.

También se menciona la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya finalidad es la de orientar la aplicación de los Tratados ya existentes, la misma no establece ´´nuevos derechos´´ sino que clarifica en qué consisten los derechos ya enumerados por otras normas de derecho internacional.

Se citó también al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece entre otras cosas, la protección de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas de los Pueblos indígenas.

Por último se mencionó también a la Convención sobre la Diversidad Biológica que reconoce el derecho de todas las comunidades indígenas y locales sobre los conocimientos, innovaciones y las prácticas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

De éste modo 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.

En 1994 se reformó la Constitución Nacional y se produjo un cambio de paradigma en derechos indígenas. En ella se establecen nuevas pautas de relación entre el Estado argentino y los Pueblos indígenas, relación basada en el respeto a la identidad

de estos pueblos. Esto implicó 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*.

Continuando con el marco legal se hizo mención de las leyes nacionales orientadas a la protección de las Comunidades indígenas, como la Ley Nacional N° 23.302 de Protección de Comunidades Indígenas, la Ley N° 24.071 que aprobó el Convenio 169 de la OIT, la Ley N° 26.160 que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades originarias del país, la Ley N° 26.994 que aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, y la Ley N° 26.602 sobre educación intercultural bilingüe.

Por último se analizó algunos aspectos de la Ley N° 26.160 considerada hasta el momento como la única herramienta legislativa del ámbito federal adoptada desde la reforma de la Constitución Nacional para proteger el derecho a la propiedad comunitaria y verificar su grado de implementación y estudiar sus avances y desafíos pendientes para hacer efectivo el reconocimiento de éste derecho indígena comunitario fundamental.

Del análisis efectuado en este capítulo se desprende un notorio incumplimiento por parte del Estado Argentino no solo en relación a la ejecución de la Ley N° 26.160 que ordena la realización de un relevamiento técnico, jurídico y catastral de las tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades indígenas sino también de las normas internacionales respecto del tema.

Una de las mayores pruebas de que el derecho a la propiedad comunitaria de los Pueblos indígenas ha sido sistemáticamente violado en Argentina, es que fue necesario el dictado de una ley “de emergencia” que suspende los desalojos ordenados por autoridades judiciales o administrativas. Se trata de una ley que fue prorrogada varias veces y que además establece el relevamiento técnico, jurídico y catastral de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

Es que si se cumpliera con el respeto a la posesión y propiedad comunitaria, que establece nuestra Constitución Nacional, la suspensión de desalojos como emergencia estaría de más. Este programa de relevamiento ha tenido diferentes inconvenientes que lo han demorado o dificultado y aún se encuentra pendiente de realización más de la mitad de las comunidades indígenas del país.

Lamentablemente esta ley no promueve el establecimiento de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo de los pueblos, aunque en algunos casos la tarea de relevamiento los ha considerado.

La ley 26.160 y sus prórrogas tampoco establecieron la forma de instrumentar, una vez delimitados los espacios comunitarios la titulación de las tierras indígenas, no señala como es el tránsito desde el relevamiento hasta la obtención de un título.

Capítulo 3

Análisis de las distintas problemáticas referidas al derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

3.1 Introducción

Este capítulo tiene por objeto reflejar algunas aristas que presenta la problemática de la tierra para las comunidades indígenas en la República Argentina. En este aspecto, a pesar de los avances normativos realizados, de los cuales nos ocupamos en el capítulo anterior, ha sido muy difícil avanzar en su cumplimiento y puesta en práctica efectiva para que los Pueblos indígenas puedan gozar de los derechos conquistados. En general permaneció intacta una sistemática y perversa exclusión política, social, económica y cultural, por la ausencia de políticas públicas que reviertan la situación de discriminación e injusticia en la que se encuentran los Pueblos Indígenas y por la inaplicabilidad del derecho vigente.

Hasta el momento la Ley N° 26.160 es la única herramienta legislativa del ámbito federal adoptada desde la reforma de 1994 de la Constitución Nacional para proteger el derecho a la propiedad comunitaria. Por lo mismo se considera oportuno en éste capítulo verificar su grado de implementación y analizar sus avances y desafíos pendientes para hacer efectivo el reconocimiento de éste derecho indígena comunitario fundamental. Además, en el año 2013, el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) presentó un informe titulado “Advertencia sobre la inejecución de la ley 26.160”. En el mismo da cuenta del escaso nivel de ejecución del programa de contraste con la alta utilización de recursos económicos. Este trabajo cuenta con la adhesión de organizaciones indígenas y de derechos humanos.

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 ésta ley bajo estudio. Por lo que también será objeto de estudio de éste capítulo analizar algunas sentencias en las cuales se puede ver reflejada la grave inseguridad jurídica de las tierras indígenas como también otras que garantizaron la protección del territorio comunitario reconociendo que de a poco se van logrando resultados favorables, aunque sean los menos.

3.2 La Posesión y propiedad comunitaria de las tierras, territorios y recursos.

Antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio, éste se encontraba habitado por los Pueblos Originarios. Con la colonización y luego con la independencia, a estos pueblos no se les reconoció y se les quitaron derechos, pero principalmente le fue negado su vínculo comunitario con las tierras.

En ese sentido, no se debe olvidar que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene los efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. No obstante, es importante y necesario para las comunidades indígenas la obtención del título que refleje esa situación, que dicho título sea debidamente inscripto en los registros correspondientes a los efectos de dar publicidad y oponibilidad frente a terceros de las situaciones jurídicas que detentan.

Y es la Constitución Nacional la que establece que esta propiedad especial, tiene una particularidad, que es la estrecha vinculación entre el pueblo indígena y el hábitat en el cual viven. Asimismo hay que recordar que esa relación se encuentra atravesada por connotaciones espirituales y religiosas, que les otorga su identidad, pues el eje central no es el individuo, sino el grupo o comunidad y su vinculación con la tierra, que les permite en esa conjunción preservar su cultura, lenguaje, valores, estilo de vida, organización, y el derecho. De esta manera, estas particularidades, diferencian en gran medida a la propiedad comunitaria de la propiedad clásica.

3.3 La ocupación tradicional: indisponibilidad e imposibilidad de desalojos.

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 y culturales al momento de solicitar la intervención de la justicia para el pleno ejercicio de derechos colectivos e individuales de las comunidades. Entre los procesales se pueden citar la falta de comprensión del funcionamiento de las instituciones del Estado, como también el desconocimiento por parte de los operadores judiciales de los derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas, la ausencia e insuficiencia de intérpretes y traductores estables de lenguas indígenas, que intervengan desde la etapa de consulta y en todas las etapas procesales posteriores y la escasez de abogados especializados en derechos indígenas; entre otros.

Algunos de los obstáculos estructurales son por ejemplo el acceso a la justicia de grupos especialmente vulnerables como mujeres, niñas, niños y adolescentes, la distancia entre los servicios de justicia y el lugar de residencia de las Comunidades Indígenas, la inexistencia de tribunales con especialización en materia indígena y el desconocimiento de los lugares y/o ámbitos a donde deben acudir por información.

Entre los aspectos culturales que constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia se puede mencionar la desconfianza en el Poder judicial a causa de la discriminación y racismo que perciben en él, lo que hace suponer a los usuarios del sistema de administración de justicia que las violaciones a sus derechos no tendrán una adecuada protección.

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, 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 sentido, el artículo 2 de la Ley N° 26.160 resulta preciso al señalar que se debe suspender

(...) 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 contempladas en el artículo 1°. La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.¹⁶

Entonces, como se puede observar, se determina 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 los jueces deberán aplicar de oficio esta norma (de emergencia y orden público). 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 y ese orden Gomiz (2013) afirma que

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

¹⁶ Artículo 2 de la Ley N° 26.160

Comunidad, y las posteriores denuncias penales por usurpación o desobediencia a las medidas cautelares ilegales (pp. 414 y 415)

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. Al respecto Salgado (2013) señala que

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. (p.3).

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

(...) 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 2016". (Anaya, 2012, pp. 13-14).

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

El artículo 3 de la referida Ley N° 26.160 establece que se deberá realizar un relevamiento técnico, jurídico y catastral de la situación de dominio de las tierras que ocupan las comunidades indígenas, por medio del Instituto Nacional de Asuntos

Indígenas. Y en este punto, 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.

Asimismo, resulta insoslayable, que 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.

Al respecto se comparten las palabras de Hualpa (2012)

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, 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 inciso 17 promete a los pueblos indígenas (p. 403)

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.

Entonces, al referirnos nuevamente a la Ley N° 26.160 para su implementación 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 en 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.

Se ha llevado a cabo, de modo centralizado, en estos últimos años el relevamiento 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. 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 sus territorios comunitarios.

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 territorios.

En tanto, diferentes organismos se refirieron a dicha cuestión, el Comité DESC advirtió

(...) con preocupación que la ley N° 26.160, 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 asegurar la completa y ordenada implementación de la ley N° 26.160 tanto a nivel federal como provincial. El Comité recomienda que el Estado (...) finalice la demarcación en todas las provincias tal y como está previsto en la Constitución y en las leyes vigentes y que apresure el otorgamiento de los títulos de propiedad a las comunidades indígenas¹⁷.

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas realizó:

(...) Un llamado al Gobierno nacional, y especialmente a los gobiernos provinciales y a los tribunales, para que apliquen la letra y el espíritu de la ley 26.160 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 (Anaya, James. 2012.).

¹⁷ 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. Párr. 8.

3.6 Análisis de jurisprudencia en torno al Derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

La situación de recurrente en todo la Argentina, respecto a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas resulta en desalojos, conflictos territoriales violentos, reducción de su territorio e imposibilidad de acceder a causas de agua y al monte, son algunas de las circunstancias adversas que afectan a las Comunidades a partir de la falta de garantía en el acceso a la propiedad de la tierra.

Por cuanto, a nivel jurisprudencial, varios jueces han resaltado la incorporación de un nuevo modelo de igualdad en nuestra constitución que implica el reconocimiento del pluralismo y la diversidad, no solo una actitud de tolerancia hacia el otro sino el desarrollo de una conducta activa del estado para generar las condiciones institucionales y sociales para la diversidad. A continuación se mencionaran una serie de fallos respecto de la temática en cuestión:

Fallo: “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ provincia de Neuquén”¹⁸

La comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra la Ley Provincial N° 2.439 que creó el municipio de Villa Pehuenia. Las actoras sostuvieron que en tanto las comunidades Mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel habitaban en el territorio que quedó comprendido dentro de los límites políticos del nuevo municipio, debían haber sido consultadas previamente a la sanción de la ley.

Alegaron entonces que se había vulnerado el derecho a la consulta previa, se había omitido reconocer su preexistencia étnica y cultural, y no se había asegurado su derecho de participación, en contradicción con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el convenio N° 169 de la O.I.T. el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén rechazó la acción interpuesta. Contra esa decisión, las actoras interpusieron un recurso extraordinario federal, el cual fue concedido.

¹⁸ S.C.C 1490, LXLVII “Comunidad Mapuche catalán y Confederación Indígena Neuquina C/ Provincia de Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad”

El debate central del caso consistió en determinar el alcance del derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, en la decisión de crear un municipio en un territorio tradicionalmente ocupado por comunidades, y convocar a elecciones para definir sus autoridades.

Es fundamental entender que la consulta previa, libre e informada es un derecho y un instrumento para la participación en las decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen a los Pueblos indígenas.

A través de ella se busca velar por el acceso a la información, la participación y el diálogo entre el Estado y los pueblos Indígenas, toda vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Este derecho abarca mucho más que la posibilidad de acceder a información en características culturalmente apropiadas; sino que debe conllevar la voluntad de las partes de avanzar en pos de un diálogo constructivo y de mutuo entendimiento sobre la temática objeto de consulta, y donde los pueblos, sobre todo, puedan participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que les afecten.

En este fallo la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural.

Fallo: “Administración Parques Nacionales c/ Provincia de San Luis”¹⁹

En este fallo la discusión central giró en torno al alcance del derecho indígena a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas, y en particular el deber del Estado de realizar el relevamiento jurídico catastral de la situación dominal de las tierras en disputa. La administración de parques nacionales promovió una demanda de inconstitucionalidad contra la provincia de San Luis, respecto de la Ley local V-0721 de 2010 mediante la cual se dispuso que ciertas tierras, que previamente habían cedido al Estado Nacional para ser afectadas al sistema de parque nacionales, serían expropiadas para ser restituidas a sus pueblos originarios, el

¹⁹ CSJ, CSI- 642/2010(46-A) “Administración de Parques Nacionales c/ Provincia de San Luis s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración”(12/10/2010)

Pueblo Nación Huarpe de San Luis, quien también se presentó como tercero interesado en la causa, invocando derechos de propiedad comunitaria sobre las tierras en disputa.

La Corte Suprema se declaró competente para intervenir en el proceso por vía de su instancia originaria, y corrió traslado a la provincia de San Luis que en lo sustancial, sostuvo, que la Ley provincial no vulneraba el régimen federal y perseguía un fin legítimo. Clausurado el período de prueba corrió vista a la Procuración General de la Nación a los fines de dictaminar sobre el fondo de la cuestión. La misma en su dictamen, opinó que para resolver la controversia correspondía que la Corte Suprema ordene, en forma preliminar, la pronta realización del relevamiento territorial previsto en la Ley N° 26.160.

Como analizamos en los capítulos anteriores de este trabajo de investigación el derecho a la posesión y propiedad comunitaria se encuentra previsto en los artículos 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 13,14, 16 y 19 del Convenio 169 de la OIT.

Y es importante aclarar una vez más que el derecho a la posesión y propiedad de los pueblos indígenas genera obligaciones concurrentes para la nación y las provincias de delimitar, demarcar y titular las tierras de ocupación tradicional, a tales efectos, el Congreso nacional sancionó la ley n° 26.160 , que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan comunidades indígenas originarias del país e impuso al Instituto nacional de Asuntos Indígenas la obligación de realizar el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras. En este fallo, se infiere la omisión de realizar tal relevamiento lo que impide conocer cuáles son las tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad.

Fallo: “Ogilvie, John G y Otra c/ Galván, Santiago y/u Ocupantes s/desalojo s/ Casación”²⁰.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Rio Negro resolvió el 7 de Febrero de 2007 rechazar la demanda por desalojo que los titulares del dominio de un campo que compró el ciudadano norteamericano John Gilbert Ogilvie y su consorte argentina Silvia T. de Olgivie, le habían iniciado a varios de los integrantes de la Comunidad Mapuche “Millapi” del paraje rionegrino de Paso de los Molles. Dicho

²⁰ STJ-Sentencia N° 006 Amicus Curiae Viedma, (7/02/2007) Expte. N° 2019/05-“Ogilvie, John Gilbert y otra c/Galván, Santiago y otros s/desalojo”-

juicio llevaría casi diez años de tramitación habiéndose condenado a los pobladores indígenas al desalojo de sus tierras por los Tribunales de Primera y Segunda Instancia anteriormente intervinientes. Dentro de los demandados se encontraban las abuelas nacidas en el sitio hace más de 80 años, las hermanas Dominga y Felisa Millapi.

Con este fallo el Superior Tribunal sentó doctrina legal: el argumento de que la simple acción de desalojo no basta para que el sistema judicial pueda ordenar el desahucio de los miembros de una comunidad mapuche viene a confirmar el criterio de que la ocupación tradicional indígena brinda hoy más derecho de poseer "legalmente" un territorio que el hecho de haber obtenido un simple "título de propiedad" por sobre el mismo.

Los títulos otorgados por las autoridades de un Estado que arribó al lugar, en forma posterior a la ocupación que en dicho sitio vienen realizando los pobladores originarios, carecerán de validez frente al carácter "preexistente" que el mismo texto del artículo 75 inciso 17 de la Constitución nacional reconoce a los pueblos indígenas.

No se debe olvidar que el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural sugiere reflexiones que deben conducir a reconocer la existencia de instituciones aborígenes previas al nacimiento del Estado Nacional.

*Fallo: "Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodríguez, Cristian s/ ordinario s/ casación"*²¹

En este fallo, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro invocó la aplicación de la ley N° 26.160 y sus alcances. El tribunal clasificó a la ley como una medida de carácter procesal que instrumenta una protección y un paso del procedimiento para el reconocimiento de derechos territoriales.

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

²¹ STJ- Expte. N° 22285/(14-08-2008)(Reivindicatoria) "Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodríguez Cristian s/ ordinario s/casación"

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 ocupantes que son los que verdaderamente o ciertamente deben ser protegidos como preexistentes.(...).''²²

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 ámbito judicial se ha instado al Poder Ejecutivo Nacional o local, para que lleve a cabo el relevamiento. A través de litigios 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.

Fallo: ''Provincia de Rio Negro c/ Valle Nicolás y otros s/ desalojo''²³

En el caso de la Comunidad Mapuche José Manuel Pichún, impulsado por la Provincia de Rio 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.

En este fallo los demandados demostraron que pertenecían a una comunidad originaria cuya ocupación tradicional y consiguiente posesión y propiedad comunitaria se extiende sobre las tierras del caso, hecho que desecha la pretensión invocada por los demandantes; es decir que las tierras reclamadas por los demandantes corresponden a la

²² STJ- Expte. N° 22285/(14-08-2008) (Reivindicatoria) ''Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodríguez Cristian s/ ordinario s/casación''. Voto del Dr. Soderó Nievas.

²³JCCyM N°5, Sec. 1 ''Provincia de Rio Negro c/ Valle, Nicolás y otros s/ DESALOJO(Sumarísimo)'' (31/10/2013)

ocupación tradicional de la comunidad compuesta por los demandados, la cual mantiene el vínculo con ellas, incluido el asentamiento material.

Un aspecto fundamental, en relación a este fallo y a la interpretación de la ley 26.160 se da al indicar que ‘‘la ocupación tradicional se presume actual y subsistente, una vez que se ha comprobado la supervivencia de una comunidad indígena...’’²⁴

3.7 Conclusiones Parciales

En este capítulo se abordó el tema de la posesión y la propiedad comunitaria de la tierras que pertenecen a los pueblos indígenas tomando en cuenta ‘‘la estrecha relación’’ que ellos mantienen con la misma. Esa relación que debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

También se analizaron los obstáculos estructurales, procesales y culturales al momento de solicitar la intervención de la justicia para el pleno ejercicio de derechos colectivos e individuales de éstas comunidades y la implementación y ejecución del relevamiento territorial entendiendo que para dar cumplimiento a esos requerimientos fundamentales y necesarios es importante una revisión profunda de las políticas vigentes.

Por último se realizó un análisis de jurisprudencia relacionada a la temática tratada en todo el trabajo de investigación, ya que resulta innegable la existencia significativa de causas en las que se encuentran involucrados los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Teniendo en cuenta lo expuesto en este capítulo y las dificultades encontradas por las comunidades para efectivizar sus derechos territoriales, se puede entender 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.

Es importante destacar que en la Argentina aún no se ha previsto un mecanismo para la titularización de las tierras/territorios de los Pueblos Indígenas, ya que la ley N° 26.160 sólo garantiza la determinación técnico-jurídico-catastral de los territorios comunitarios, pero no reconoce títulos de propiedad.

²⁴ Considerando 5 de la sentencia mencionada.

Resulta preocupante y analizando solo algunos fallos referidos a la cuestión de la propiedad comunitaria la reiterada violación de los derechos fundamentales de estos pueblos originarios, que se ven afectados por las políticas llevadas adelante por los gobiernos provinciales y nacionales, que favorecen más bien a negocios de tipo minero, al monocultivo o el turismo entre otros intereses.

También preocupa que el Estado tampoco haya entregado a las comunidades relevadas un informe final que contiene los resultados del mismo, documento de extrema importancia por ser el único documento público que contiene su reivindicación territorial.

Y por último tampoco se debe perder 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.

Conclusiones finales

En relación al problema de investigación planteado, a través del interrogante de si ¿La falta de aplicación de la ley 26.160, en todos sus aspectos, constituye una violación constitucional a los derechos de propiedad de las comunidades indígenas?, se confirma la hipótesis investigativa que afirma, que a pesar del mandato constitucional del inc. 17 del artículo 75, el cual recepta el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros instrumentos jurídicos internacionales, existiría una violación sistemática al derecho de propiedad comunitaria de los Pueblos Indígenas, ya que la normativa nacional no se adapta, ni cumple con los parámetros establecidos en el orden del derecho internacional.

Por cuanto, en función de los resultados de la investigación y en respuesta a ésta problemática, a más de 10 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, podemos afirmar que la misma no garantiza el goce del derecho de propiedad de los Pueblos indígenas, derecho consagrado por nuestra Constitución.

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.

Del análisis de la presente investigación y del estudio de los conceptos de tierra y de territorio se puede entender con claridad lo que significa para los Pueblos Indígenas la tierra, la que para ellos posee un profundo sentido que trasciende lo meramente productivo, aunque este aspecto sea el principal de su subsistencia y reproducción social, y económica, pero la tierra también les da sentido de identidad y pertenencia, permitiendo la sobrevivencia cultural y la manutención de sus prácticas religiosas.

Asimismo, nuestra Constitución Nacional, mediante el artículo 75 inciso 17 reconoce la preexistencia étnica y cultural, garantiza el respeto a su identidad, educación bilingüe e intercultural, personería jurídica de sus comunidades, posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan, entrega de otras aptas y suficientes, además de asegurar la participación en la gestión de los asuntos que los afecten, especialmente en materia de recursos naturales.

Los derechos consagrados constitucionalmente fueron considerados un triunfo en la lucha por la reivindicación de los Pueblos Originarios. Pero, se puede considerar que la realidad está alejada de toda la legislación. La depredación de los territorios indígenas a manos de las empresas mineras, petroleras, madereras, turísticas, inmobiliarias, Estado, Ejército y especialmente el avance de la frontera agrícola con la soja denuncia a diario el incumplimiento de los derechos indígenas reconocidos por la Constitución.

A pesar de los avances normativos realizados ha sido muy difícil avanzar en su cumplimiento y puesta en práctica efectiva para que los pueblos Indígenas puedan gozar de los derechos conquistados. En general permaneció intacta una sistemática y perversa exclusión política, social y cultural, por la ausencia de políticas públicas que reviertan la situación de discriminación e injusticia en la que se encuentran los Pueblos Indígenas y por la inaplicabilidad del derecho vigente.

Una de las mayores pruebas de que el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas ha sido sistemáticamente violado en Argentina es que fue necesario el dictado de una ley "de emergencia" que suspende los desalojos ordenados por autoridades judiciales o administrativas. Se trata de la ley 26.160 que fue prorrogada

varias veces y que también establece el relevamiento técnico, catastral de las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas.

Es que si se cumpliera con el respeto a la posesión y propiedad comunitaria, que establece la Constitución, la suspensión de desalojos como emergencia estaría de más.

Éste programa de relevamiento ha tenido diferentes inconvenientes que lo han demorado o dificultado y aún se encuentra pendiente de realización más de la mitad de las comunidades indígenas del país., la falta de implementación del relevamiento se convierte en una herramienta para la violación de todos los derechos indígenas por cuanto impide y obstaculiza la prosecución de acciones para obtener la definitiva regularización dominial de los territorios que las comunidades ocupan ancestralmente.

Por otra parte, el territorio de las comunidades, aún aquellas que han logrado obtener la titularización, se encuentra en peligro por no estar asegurado efectivamente el control de sus recursos naturales.

Lamentablemente esta ley no promueve el establecimiento de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo de los pueblos, aunque en algunos casos la tarea de relevamiento los ha considerado.

La ley 26.160 y sus prorrogas tampoco establecieron la forma de instrumentar, una vez delimitados los espacios comunitarios, la titulación de las tierras indígenas.

Como propuesta, se estima conveniente el dictado urgente de una ley que contemple y regule la propiedad comunitaria de los Pueblos Originarios, que establezca políticas claras y transparentes tendientes a la obtención de las respectivas escrituras públicas de las tierras a favor de las Comunidades Indígenas, en resguardo del territorio y en defensa de la vida.

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.

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.

Bibliografía

I- Doctrina

- ANAYA, J. (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.
- BIDART CAMPOS, G (2000). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I. Buenos Aires: Editorial: Ediar.
- ENDEPA (Equipo nacional Pastoral Aborigen).La brecha entre las declaraciones y la realidad en materia de derechos territoriales indígenas, Julio 2013
- GOMIZ, M. "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.
- HIGHTON, E (1994), El camino hacia el nuevo derecho de los Pueblos Indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1994, n° 7, pág. 277 y sgtes.
- HUALPA, E. ¿Hay jurisprudencia nacional y provincial sobre los derechos de los pueblos indígenas?, en Derecho Constitucional Indígena.Coord. Luis C. Garcia, Ed. ConTexto Libros, 2012.
- SALGADO, J.M (2013), "Comentarios sobre la sanción de la ley N° 26.894, Notas de legislación, anales de legislación Argentina, Boletín Informativo, Año LXXIII, N° 32, Editorial: La Ley.
- SAMPAY, A (1975) Las Constituciones de la Argentina.1810- 1972. Buenos Aires, Editorial: Eudeba.
- VÁZQUEZ, G (2012), Inconveniencia de la regulación de la propiedad indígena en el Código Civil. En Barriviera, N. L. s/f. Abordaje legislativo de la propiedad comunitaria de los Pueblos Originarios en territorio bonaerense. Recuperado el 23/10/2018.

II- Legislación

- Constitución Nacional
- Ley Nacional N° 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades
- Ley Nacional N° 24.071
- Ley Nacional N° 26.160
- Ley Nacional N° 27.400
- Convención sobre la Diversidad Biológica
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de la mujer.
- Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación racial.
- Convenio N° 169 de la O.I.T sobre Pueblos Indígenas y tribales
- Constitución de la Nación argentina
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos

III- Jurisprudencia

- Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de 29 de marzo de 2006. www.corteidh.or.cr
- Corte IDH, Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua”, sentencia del 31 de Agosto de 2001. . www.corteidh.or.cr
- CSJN, CSI- 642/2010 (46-A)- “Administración de Parques Nacionales c/ Provincia de San Luis s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración” Recuperado el 29/10/2018 de www.sjconsulta.csjn.gov.ar
- CSJN- Expte. N° 528/2011(T 47-C)/CS2-originario “Comunidad Indígena Toba La Primavera- Navogoh c/ Formosa, provincia de y otros s/medida cautelar. Recuperado el 25/10 /2018 de www.Saij.gob.ar
- JCCyM N°5- Sec. 1(31/10/2013) “Provincia de Rio Negro c/ Valle, Nicolás y otros s/ DESALOJO(Sumarísimo)” recuperado el 12/11/2018 de www.pensamientopenal.com.ar
- S.C.C 1490, LXLVII “Comunidad Mapuche catalán y Confederación Indígena Neuquina C/ Provincia de Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad” -

Recuperado el 28/09/2018 de
http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2014/AGilsCarbo/septiembre/Com_Mapuche_C_1490_L_XLVII.pd

- STJ- Sentencia N° 006 Amicus Curiae Viedma, 7/02/2007 Expte. N* 20195/05-
“Ogilvie, John Gilbert y otra c/ Galván, Santiago y otros s/ desalojo” -
Recuperado el 25/10/2018 de <http://indigenas.bioetica.org>.
- STJ- Expte. N° 22285/14-08-2008 (Reivindicatoria) “Guerrieri, Roberto Pedro
y otros c/ Rodríguez Cristian s/ ordinario s/casación” Recuperado el 30/09/2018
de www.ibader.info