

La PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA en la Provincia de Neuquén. Aportes jurídicos para garantizar el derecho a las tierras, territorios y recursos.

Por María Micaela Gomiz.¹

SUMARIO: I. Introducción.- II. Pautas de Enfoque.- III. Pautas Conceptuales: III.1. Consideraciones generales. III. 2. Consideraciones específicas.- IV. Situaciones a Regular.

I. Introducción.

En el ámbito de nuestro derecho interno, y a partir de los avances en la materia a nivel internacional y la reforma constitucional de 1994, se viene consolidando un instituto de enorme trascendencia para los Pueblos Indígenas: la PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA. Desde ya que este instituto jurídico viene a abordar una realidad social y cultural mucho más compleja, como lo es la relación de esos pueblos con los hábitats donde viven, realidad que además encuentra enormes diferencias respecto de lo que hasta ahora se ha venido regulando mediante nuestro ordenamiento civil en materia de derechos reales.

Justamente la incorporación de la *cláusula de respeto* a la vinculación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios en el artículo 13 del Convenio 169 de OIT tiene por finalidad obligar a los Estados a reconocer los principios de un régimen legal diferenciado que resulta indispensable para la continuidad y supervivencia cultural.²

En este sentido vale recordar que *“debido a las características específicas de la Propiedad comunal indígena, estos procedimientos deben ser diferentes de los mecanismos generales de titulación de la propiedad agraria disponibles para otros sectores de la sociedad. La mera adopción de mecanismos legislativos o*

¹ Abogada. Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Docente de Derecho Constitucional Fadecs/UNCo. Investigadora. Miembro fundadora y Referente Patagónica de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena.

²O.I.T.; Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm 107), Informe IV (2A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, pág. 48 y 118. También la Corte Suprema de Justicia en su reciente fallo del 10 de Noviembre de 2015 se ha hecho eco de esta cláusula aplicándola en el caso concreto *“Martínez Pérez, José Luis Cl Palma, Américo Y otros -interdicto de recobrar sumarísimo- s/ medida cautelar”*.

administrativos que se ajusten a estos estándares no es suficiente si estos no conducen, de hecho, a la garantía del derecho de propiedad comunal en un tiempo razonable.”³

En la provincia de Neuquén existen dos antecedentes normativos de trascendencia. Por un lado la Ley de Tierras provincial N° 263 que en el régimen de adjudicaciones en venta prevé a “los indígenas” como una de las prioridades que el Estado tendrá en cuenta, estableciendo que incluso se podrá “rebajar el 50% del precio de venta fijado” (artículo 14°). Por otro lado, y como norma específica en el año 1962 (a poco de la provincialización) la legislatura sancionó la ley 306 que determina la realización de un censo de las “*reservas indígenas*” y autoriza al Poder Ejecutivo para que posteriormente haga “*entrega*” de parcelas individuales. A partir de estas normas y de una política activa en la materia de los primeros gobiernos provinciales (especialmente los gobernadores Felipe Sapag y Pedro Salvatori), se realizaron entregas mediante decretos a las “*agrupaciones indígenas*” para la “*utilización permanente y definitiva de las tierras que ocupan*” mediante lo que en esa época se denominó “*reservas*”. Así, a través de los decretos 737/64; 1608/64; 977/66; 1039/72; 3204/86; 1588/86; 3228/84; 3866/88; 4171/88; 4220/87; 3203/86; 2500/89 y 2916/93⁴ se llevaron a cabo hasta principios de los '90 las entregas de tierras a Comunidades en la provincia bajo condiciones muy estrictas, con objetivos y prohibiciones determinados y con la clara concepción paternalista que imperaba en las políticas públicas indígenas en aquellos años. Desde aquella época hasta la actualidad la política en materia territorial indígena ha sido nula; no ha habido adecuaciones normativas a los avances constitucionales ni al nuevo paradigma jurídico de la diversidad cultural y la situación de conflictos en los territorios ha aumentado significativamente produciéndose numerosos desalojos forzados; un incremento de la judicialización de esos conflictos y un creciente proceso de criminalización de los/as indígenas en el ejercicio de sus derechos territoriales.⁵ Actualmente se está llevando adelante el Programa de Relevamiento Territorial dispuesto por la Ley Nacional N° 26.160 por Convenio celebrado entre el Gobierno

³ CIDH, Informe sobre Derecho de los Pueblos Indígenas a sus tierras ancestrales y Recursos Naturales, aprobado el 30 de diciembre de 2009. OEA.

⁴ Agrupaciones Ancatruz, Puel, Painefilu, Currumil, Huayquillan, Aigo, Cayulef, Painemil, Kilapi, Antiñir, Millain Curical, Filipin, Mellao Morales, Cheuquel, Aucapan, Atreico, Quinchao, Chiquilihuín, Namuncura, Rams, Catalan, Calfukura, Zuñiga, Cayupan, Zapata, Millaqueo, Gramajo, Paineo y Manqui.

⁵ Para profundizar en esta categoría de “criminalización del ejercicio de derechos” y sobre este proceso en particular en Neuquén ver el artículo Gomiz, María Micaela “Criminalización del Pueblo Mapuche en Argentina” en “Los derechos indígenas tras la Declaración El desafío de la implementación” de Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (editores), Universidad de Deusto - ISBN 978-84-15772-00-2, Bilbao, 2013.

Provincial y el INAI. El trabajo se encuentra en ejecución y las valoraciones y análisis sobre su aplicación en la provincia exceden los objetivos del presente trabajo.

Este artículo se propone aportar elementos jurídicos que contribuyan a pensar una necesaria regulación normativa de la Propiedad Comunitaria Indígena en Neuquén para mejorar la calidad de vida de las comunidades indígenas; aplicando efectivamente los derechos reconocidos dando cauce a los reclamos indígenas cada vez más frecuentes y cumpliendo con los compromisos de derechos humanos asumidos por el Estado, siempre garantizando en el proceso la participación y consulta indígena.

II. Pautas de enfoque.

Los derechos de los Pueblos Indígenas están reconocidos en normas constitucionales y en varios tratados internacionales ratificados por Argentina, de modo que debe tenerse en cuenta que, en esto, juega un papel fundamental:

1. el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, sus principios y reglas y toda la jurisprudencia que ha ido elaborando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de a) Control de Convencionalidad; b) los criterios sobre la obligatoriedad de las interpretaciones de los órganos de tratados y c) sobre la obligación de los Estados del “efecto útil” del artículo 2 del Pacto de San José de Costa Rica que obliga a adoptar **disposiciones legislativas** y de otro carácter para respetar y garantizar los derechos del Pacto.
2. Vale recordar que estos tratados deben ser aplicados además *en las condiciones de su vigencia* (artículo 75 inciso 22), 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 cumplimiento.
3. Bajo estos parámetros debe tenerse en cuenta, entonces: las implicancias del *principio pacta sunt servanta*, 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); las implicancias del *principio pro-homine o pro-persona* del derecho internacional de los derechos humanos; el *principio de no regresividad*, que va consolidando y cristalizando un piso de reconocimiento de derechos; y la

necesaria adopción de una **interpretación amplia** sobre las **obligaciones estatales** en relación a los derechos fundamentales.⁶

III. Pautas Conceptuales.

III.1. Consideraciones generales.

En primer lugar, vale resaltar que los **derechos de los Pueblos Indígenas a las tierras, territorios y recursos** no se agotan con el *derecho de propiedad*, en realidad ésta, es sólo un aspecto, aunque debido a los despojos territoriales, es considerado su aspecto más relevante. En este sentido vale recordar que además de *la propiedad* las normas (constitucionales y supraleales) en nuestro país protegen:

- la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene su relación con las tierras y territorios;
- los derechos de jurisdicción o utilización, control y gestión tanto en lo que se refiere a la autonomía interna como en relación a los recursos y medio ambiente (incluidos derechos de consulta y consentimiento en los casos de explotación o emprendimientos en sus territorios);
- el derecho a no ser trasladados forzosamente o a obtener obligatoriamente el consentimiento antes de un traslado (o una indemnización y/o tierras de igual valor y condición);
- la protección contra abusos y usurpaciones de terceros;
- acciones especiales de gobierno para el desarrollo agrícola de las tierras de las comunidades, entre otros.⁷

⁶ A todas estas pautas podrían adicionarse los principios de interpretación mencionados de modo elocuente por la Dra. Silvina Zimmerman en “*Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina*” en “Dossier Propiedad Comunitaria Indígena” Kosovsky, Fernando (compilador) Colección Extensión. Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Comodoro Rivadavia 2015.

⁷ De este modo, vale recordar 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 y 53 de la Constitución de Neuquén, se encuentra precisado en su alcance y sentido por el inciso 22 del artículo 75 CN, en tanto este último integra el sistema de derechos actualmente vigente o el llamado Bloque de Constitucionalidad Federal. Esta idea 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.) 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

Toda esta **amplia gama de derechos territoriales** está relacionada con el hecho de que las tierras, territorios y recursos son la **fuerza principal de la autonomía, el sostenimiento económico, la cohesión social y cultural y el bienestar de los Pueblos Indígenas**. En ese contexto, el reconocimiento y 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 tres circunstancias: **1. la preexistencia** de estos pueblos al Estado argentino; **2. la reparación histórica** por el proceso de colonización con despojo territorial sufrido durante siglos y **3. el derecho a la libre determinación** de los Pueblos Indígenas (reconocido en el art 3 de la UNDRIP).

En ese marco, normas como las de la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 17 y 22, especialmente el 21 del pacto de San José de Puerto Rico con su interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el artículo 53 de la Constitución Provincial, los artículos 13, 14 y 16 del Convenio 169 de la OIT y el 26 de la Declaración de Naciones Unidas (UNDRIP) establecen específicamente el **derecho de propiedad y posesión** de los Pueblos Indígenas sobre las tierras y territorios. Este derecho, de Propiedad Comunitaria Indígena, comprende las siguientes situaciones:

- 1) Las **tierras de posesión tradicional** -con o sin escritura-;
- 2) **Tierras tradicionales de las que las comunidades han perdido involuntariamente la posesión**, aún sin título legal, y que han sido transmitidas a terceros de **mala fe**;
- 3) **Tierras tradicionales de las que las Comunidades han perdido involuntariamente la posesión** y han sido trasladadas a terceros **legítimos inocentes** y que el Estado tiene obligación de devolverle a la Comunidad o de entregarle otras tierras de igual extensión y calidad;
- 4) **Otras tierras** aptas y suficientes para el desarrollo humano que el Estado haga entrega a una Comunidad Indígena (tanto las contempladas en el artículo 75 inciso 17 como las del artículo 16 del Convenio 169).⁸

Indígenas en la Constitución Nacional” en García, Julio (Coordinador); *Derecho Constitucional Indígena*, ConTexto Libros, Resistencia. 2012, pág. 267).

⁸ La Corte IDH concretamente ha entendido 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

III.2. Consideraciones específicas.

a. Tierras y territorios

La ley que regule la PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA en Neuquén deberá tener incluido el concepto de **territorio** además del comúnmente utilizado de *tierras*. Originalmente esta distinción de conceptos, entre “tierra” y “territorio” es propia del derecho occidental moderno y se produce con la conformación del “Estado-Nación” en el que se permite un único ejercicio de autoridad y soberanía política en una jurisdicción denominada “territorio”. En ese contexto la “tierra” pasaba a ser el bien material que constituía la propiedad privada individual como contrapartida de aquel “territorio” público y estatal. A partir del artículo 13 del Convenio (y luego la UNDRIP) y la incorporación de los términos “tierras y territorios” lo que se ha buscado en definitiva es expresar estructuras provenientes de prácticas culturales e historias diferentes e incorporarlas en el vocabulario que están habituados a comprender los funcionarios y operadores jurídicos. De esta manera esta expresión tiene como finalidad *“dar cuenta de la especial relación de los pueblos indígenas con su hábitat natural en el vocabulario jurídico utilizable por la tradición jurídica occidental. De este modo, se unifican términos que individualmente tienen significados diferentes pero que usados en común expresan más adecuadamente la protección jurídica a una vinculación de los pueblos indígenas con el ambiente en que viven, que no se divide fácilmente en aquellos conceptos separados.”*⁹ Así, se puede afirmar que se trata de un carácter dual: por un lado cuando se enfatiza el aspecto de “propiedad” el objeto de la protección queda más vinculado a al concepto de tierras ocupadas tradicionalmente, y el “territorio” alude más a los derechos de jurisdicción o utilización, control y gestión tanto en lo que se refiere a su autonomía interna como en relación a los recursos y medio ambiente.¹⁰

b. Ocupación tradicional.

Como se verá en el apartado denominado “Situaciones a regular”, esta categoría de **ocupación tradicional** es medular para que una ley de PCI aborde de manera correcta la

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”. Caso “Sauhoyamaxa”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 127 y 128.

⁹ 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, pág. página 189.

¹⁰ El término también fue receptado por la Corte Suprema en el ya mencionado y reciente caso *“Martínez Pérez, José Luis Cl Palma, Américo Y otros -interdicto de recobrar sumarisimo- s/ medida cautelar”* el 10 de noviembre de 2015.

mayor cantidad de situaciones que involucran tierras indígenas. Es por ello que su correcta conceptualización es de enorme trascendencia para convertir a esta ley en constitucional o inconstitucional en su esencia.

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**. El derecho se debe reconocer, aún cuando la ocupación no se ejerza en los modos previstos en la legislación común sino de conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas.

Como ya se ha aclarado en diversas oportunidades el concepto “tradicionalmente ocupadas” no se identifica con el de “actualmente ocupadas” ya que el artículo 14 incisos 1 y 2 del Convenio abarca tanto los casos de ocupación efectiva como aquellos casos de reciente expulsión de las tierras o de pérdidas de títulos. Explica Hualpa *“Es que lo tradicional, como caracterización constitucional y convencional de una enorme cantidad de pueblos en nuestro país, representa un conjunto tan diverso que no se identifica necesariamente con otras expresiones como “ancestrales” o “inmemoriales” (ya que puede tratarse de ocupaciones relativamente recientes) ni requiere que sean “actuales” y mucho menos que tengan el aspecto de la posesión civil.”*¹¹

La propia 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, aunque también es compatible con las reclamaciones de restitución”*.¹² Así, las formas tradicionales son muchas y dependen de cada pueblo como es el caso del uso estacional de tierras o aquellas a las que han tenido tradicionalmente acceso (inciso 1 del art 14).

c. “Posesión civil” y “posesión indígena”.

No debe restringirse el alcance del derecho territorial de los Pueblos Indígenas por el hecho de que se utilice el vocablo posesión. Éste es un término que 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 “posesión indígena”, mejor conceptualizada como **relación**, es profundamente diferente de aquella que aparece en el Código Civil y que responde a principios muy

¹¹ Hualpa, Eduardo R. “Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2014.

¹² O.I.T.; Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm 107), Informe IV (2A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, pág. 50.

distintos de los que animan a las culturas originarias. La “posesión” del Código Civil tiene como fundamento una relación con la naturaleza en donde 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**” por ello, 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.

Asimismo debe comprenderse que tampoco son aplicables las mismas consecuencias jurídicas para regir la propiedad comunitaria indígena que las que han regido desde antes el derecho de dominio. En este sentido, vale resaltar, que la propiedad indígena tiene rasgos que son contrarios a la esencia del derecho de dominio.¹³ 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.¹⁴

IV. Situaciones a Regular.

Una norma que regule la Propiedad Comunitaria Indígena en la provincia debe abarcar las siguientes situaciones, estableciendo mecanismos administrativos al efecto para cada caso y las vías judiciales posteriores de modo de garantizar el acceso a la justicia¹⁵:

¹³ Buen ejemplo de ello, es la garantía de inenajenabilidad que tiene la propiedad indígena, que contraría expresamente uno de los principios más importantes del derecho de dominio como lo es el derecho de disponer libremente de la cosa, o más conocido como *ius abutendi*.

¹⁴ Recientemente la Corte Suprema en la causa "*Martínez Pérez, José Luis Cl Palma, Américo Y otros - interdicto de recobrar sumarísimo- s/ medida cautelar*" por fallo de fecha 10 de Noviembre de 2015 *ha enfatizado esta diferencia* al advertir que los usos indígenas del territorio como la recolección de leña y de plantas que se usan para medicina mapuche o para alimentos; el tránsito por senderos; el pastoreo de animales y la utilización del *rewé* (lugar ceremonial) constituyen ***ocupación tradicional indígena***.

¹⁵ Es imprescindible tener en cuenta, para desarrollar los mecanismos administrativos y las normas procesales judiciales que abordarán los trámites específicos para el reconocimiento de estos derechos, las distinciones que se han hecho respecto de las diferencias entre posesión civil y posesión indígena. Justamente esta diferencia sustenta la necesidad de encontrar métodos probatorios adecuados, plazos

a) ocupación tradicional (actual y pública) relevada con carpeta técnica por Programa Ley 26.160; pese a que la ley vino a resolver alguno de los compromisos internacionales asumidos en virtud del artículo 14.2 del Convenio 169, lo cierto es que la misma no indica cuáles son sus efectos jurídicos ni ningún procedimiento para la titulación. Este mecanismo también resulta obligatorio para el Estado, ya que el mismo párrafo 2 explicita la obligación de *efectivizar los derechos de posesión y propiedad*. Se trata de un mecanismo que mensione y titule gratuitamente a favor de las comunidades, garantizando los derechos de terceros como la compensación y/o indemnización.

b) ocupación tradicional con posesión actual que no hayan sido relevadas por el Programa de la Ley: deberá establecerse un mecanismo administrativo a tal fin; estos casos pueden darse tanto porque existan comunidades que no accedieron al Programa de Relevamiento de la ley 26.160¹⁶ o permite que algunas comunidades que presentaron observaciones o impugnaciones a la carpeta técnica resultante del Relevamiento. Será necesario así, contar con un sistema de relevamiento similar al previsto por la Ley 26.160 pero de carácter permanente. Luego podría continuarse del igual modo que el punto a).

c) tierras tradicionales de las cuales la Comunidad haya perdido involuntariamente la posesión: en él se deberá probar la relación que subsiste entre la base espiritual y material de su identidad como Pueblo Indígena y las tierras tradicionales en cuestión. Deberá tenerse especialmente en cuenta las maneras que según ese pueblo indígena se expresa esa relación.¹⁷ El segundo apartado del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT ordena la demarcación de los territorios indígenas y establece la obligación de los Estados de determinar, o sea de realizar la mensura. Esta obligación abarca a todas las tierras mencionadas en el primer párrafo, o sea las que se

extensos y todos aquellos mecanismos que ayuden a que en las normas adjetivas se aborde correctamente a la oralidad (especialmente en temas probatorios donde los elementos de mayor valor probatorio son los documentos escritos y/o emitidos por el Estado siendo que en el caso de los Pueblos Indígenas la relación que se ha mantenido con los Estados justamente es la base muchas veces de la ausencia de tales pruebas), la tradición histórica, los mecanismos colectivos de elaboración de decisiones y la relación no violenta con la naturaleza

¹⁶ Debe recordarse que el Convenio de Ejecución firmado por la Provincia de Neuquén y el INAI de manera inconstitucional previó la necesidad de que las comunidades contaran con personería jurídica inscripta al momento de la firma del Convenio para acceder al programa. Así el Convenio consta de un anexo donde figuran expresamente las comunidades (con personería nacional y provincial) previstas. Esta cláusula resulta contraria a lo que expresamente establece ley 26.160 (artículo 1) y a su reglamentación Decreto Nacional 1122/07 (artículo 1). También entran en este supuesto comunidades que no se hayan reorganizado a la fecha del cierre del Programa de Relevamiento y exteriorizado su voluntad de ser relevadas.

¹⁷ Según criterio de la Corte IDH en caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

poseen tradicionalmente; aquellas sobre las que se tienen otros derechos (derechos de acceso por ejemplo) y las tierras tradicionales de las que se han perdido involuntariamente la posesión. Justamente la ley 26.160 vino a abordar parte de este compromiso estatal, específicamente los casos mencionados en el ítem a), aunque el cumplimiento deviene parcial ya que la norma no establece el relevamiento de las tierras tradicionales de reciente desposesión.

En estos tres últimos incisos vale recordar lo advertido por la Corte IDH *“ la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”* y que *“ la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro ”*¹⁸

Consiguientemente la CIDH ha aclarado que *“Las acciones de reconocimiento oficial „dñen ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior”, y no como el otorgamiento de nuevos derechos. La titulación y demarcación territoriales se entienden así como actos complejos que no constituyen, sino meramente reconocen y garantizan derechos que pertenecen a los pueblos indígenas por razón de su uso consuetudinario. Los órganos del sistema interamericano han explicado que se viola la Convención Americana al considerar las tierras indígenas como tierras estatales por carecer las comunidades de un título formal de dominio o no estar registradas bajo tal título.”*¹⁹

d) reivindicaciones de tierras por despojos antiguos (tercer párrafo del artículo 14). Se trataría en este caso de resolver las reivindicaciones de las tierras que los pueblos indígenas reclaman por haber sido desposeídos con bastante anterioridad. Son casos diferentes a la ocupación tradicional, acá sí se puede hablar de la *ancestralidad* en términos de antigüedad de esas ocupaciones que las comunidades o el Estado tienen algún registro de la vinculación. La misma OIT ha aclarado este punto del Convenio expresando que *“En algunos países, y pese a que no siempre se les otorga el respeto que merecían, existen derechos que emanan de tratados, concesiones, o la posesión inmemorial, pero, a través de los siglos, se les fue privando de dichas tierras.”*²⁰ En definitiva como se dijera en otra oportunidad se trata de *“no consolidar, por el paso del tiempo, posesiones originadas en la violación de derechos y en las situaciones de*

¹⁸ Corte IDH en “Sauhoyamaxa”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 127 y 128 (énfasis agregado).

¹⁹ CIDH, Informe....página 29.

²⁰ O.I.T. Revisión Parcial.... página 122.

injusticia y discriminación sufridas históricamente por los pueblos indígenas.”²¹ Además, los procedimientos que a tal fin se establezcan deberán realmente estar orientados a producir posibilidades reales de devolución de tierras, de entrega de nuevas tierras o de compensación por su pérdida.

e) Entrega de nuevas tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano y para compensación por traslados en los términos del artículo 16 del Convenio 169 OIT: en estos casos se deberán establecer las condiciones básicas que deberán reunir las comunidades para acceder a esta posibilidad, que en ningún caso podrá ser tener la personería inscripta. Se trata de Comunidades que por crecimiento poblacional o por pérdida de territorios por motivos naturales carezcan del hábitat suficiente para desarrollarse. Además para el caso que se configure la hipótesis establecida en el artículo 16.3 del Convenio 169 OIT deberán cumplirse previamente los mecanismos para la obtención del Consentimiento libre previo e informado y mantenerse las condiciones establecidas en la totalidad del artículo.²² En este caso, las causales de traslado deberán estar precisamente determinadas en la legislación de modo de que se respete el grado de necesidad y excepcionalidad del traslado y una prohibición expresa de que este procedimiento no sea una vía de escape sistemático de parte de los funcionarios para desalojar a una comunidad de su territorio tradicional (debe tenerse en cuenta que el artículo 16 en realidad tiene como fin prohibir los desalojos forzados). La misma OIT ha ejemplificado los casos hablando de peligros extremos como una guerra, una epidemia, catástrofes naturales y riesgos inminentes para la vida pero nunca proyectos de desarrollo.

Bibliografía

CIDH, Informe sobre Derecho de los Pueblos Indígenas a sus tierras ancestrales y Recursos Naturales, aprobado el 30 de diciembre de 2009. OEA.

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, pág. página 189.

Hualpa, Eduardo R. “Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2014.

²¹ Gomiz, Salgado ob. Cit. página 209.

²² (procedimientos adecuados de reubicación, representatividad garantizada, indemnización a las personas por posibles pérdidas o daños, etc).

Kosovsky, Fernando “Hacia la Propiedad Comunitaria Indígena en Río Negro” en “Dossier Propiedad Comunitaria Indígena” Kosovsky, Fernando (compilador) Colección Extensión. Universidad nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Comodoro Rivadavia 2015.

O.I.T.; Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm 107), Informe IV (2A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989

Ramirez, Silvina “Estándares mínimos para la regulación de la ley de propiedad comunitaria indígena” en “Dossier Propiedad Comunitaria Indígena” Kosovsky, Fernando (compilador) Colección Extensión. Universidad nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Comodoro Rivadavia 2015.

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).

Zimmerman, Silvina, “*Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina*” en “Dossier Propiedad Comunitaria Indígena” Kosovsky, Fernando (compilador) Colección Extensión. Universidad nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Comodoro Rivadavia 2015.