

El territorio comunal, gran deuda normativa e impunidad del Estado

por Paula Mercedes Alvarado Mamani - domingo, mayo 10, 2020

<http://andendigital.com.ar/2020/05/el-territorio-comunal-gran-deuda-normativa-e-impunidad-del-estado/>

Uno de los más grandes avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido el reconocimiento de Derechos Humanos con naturaleza colectiva, como los Derechos de los Pueblos Indígenas^[1].

Desde el Sistema de Naciones Unidas, como también en el ámbito interamericano en las últimas décadas, se han consagrado también, sobre todo en los países de América Latina, derechos específicos a nivel constitucional.

En lo que respecta al estado argentino, la Constitución Nacional, por un lado, incorpora varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, pero por otro, un cambio de paradigma hacia un estado Pluricultural (Art. 75 inc. 19: Protege la identidad y pluralidad cultural) y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas (art. 75, inc. 17). En este sentido, otro avance fue la adopción de la legislación federal y provincial en materia de derechos indígenas (tierras ancestrales, personerías jurídicas, la educación bilingüe intercultural, etc.), la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el apoyo dado a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como también el voto afirmativo a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En otro orden de ideas, es necesario establecer qué se entiende por tTierras y tTerritorios para los pueblos y comunidades indígenas. Por ello, se ha afirmado que: *“El territorio indígena no es la suma de los recursos que contiene y que son susceptibles de apropiación o de relaciones económicas. Su naturaleza se basa en la integración de elementos físicos y espirituales que vincula un espacio de la naturaleza con un pueblo determinado”*.^[2]

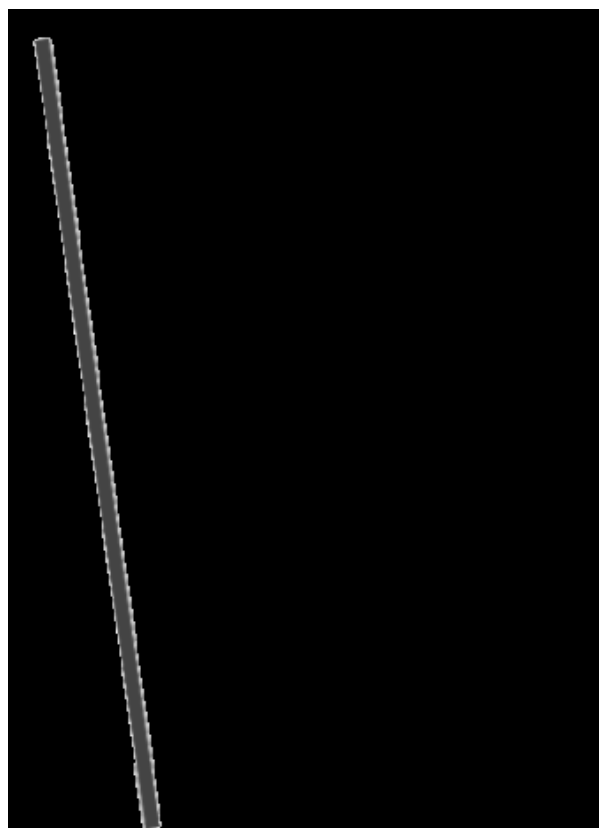
De ese modo, cabe destacar la trascendencia del territorio en relación con la identidad y la cultura de los pueblos originarios. El territorio es el hábitat, el espacio en el cual los pueblos desarrollan su vida política, social, económica, cultural y espiritual y satisfacen sus necesidades más variadas. El derecho al territorio es un derecho natural inherente a los pueblos indígenas.

A su vez, los pueblos originarios no se consideran de ninguna manera “propietarios” de las tierras que ocupan. Por el contrario, son parte de la naturaleza, adoran a la Pacha Mama o Madre Tierra. La Madre Tierra tiene derechos, por tanto, es sujeto de derecho y no un objeto susceptible de apropiación.^[3] La relación de los indígenas con el territorio no es una relación económica ni una relación de apropiación. Es una relación espiritual, cultural, de identidad.

Entonces, para lograr una reparación verdadera por tantos años de saqueos y de destrucción

territorial, es necesario un cambio de políticas públicas. Uno de los hitos es culminar de la Ley de Propiedad Comendataria Indígena, que se viene gestando hace años, y otro la incorporación de un nuevo tipo penal: “Delito de Terricidio”, que frente el incumplimiento de ello, y que el Estado sea plausible de la aplicación de la Responsabilidad Internacional.

Además de las normas constitucionales que expresan el orden de prelación imperante, es importante destacar que Argentina es parte de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que recepta una norma consuetudinaria del derecho internacional que nos indica que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Art. 27). De este modo, el derecho internacional en vigor no puede ser ignorado amparándose en el derecho interno de un Estado, disposición convencional que recepta la influencia monista. La omisión de respetar los derechos humanos y la identidad de los pueblos indígenas, resguardados por distintos instrumentos internacionales, algunos con jerarquía constitucional, además de violar una norma de derecho interno, puede generar responsabilidad internacional, si se toma en cuenta que constitucionalmente los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes internas.



La formación del Estado y la «cuestión indígena»

a) La Incorporación de los Pueblos Originarios al Estado Argentino.

Podemos encontrar dos etapas marcadamente diferenciadas de nuestra historia: 1) el Periodo de la Independencia (1810- 1824) y 2) el Periodo de la Constitución y Organización del Estado Nacional Argentino (1853-1884).

La independencia, en buena parte y en su desenlace, encontró a indios, criollos, negros, mestizos, mulatos y zambos, nacidos y criados en estas Tierras, hermanados en la lucha contra el imperio español. Contuvo expresiones y proyectos políticos inclusivos. No racistas. Dos hechos importantes y, a título de ejemplo, ilustran ello: 1) la Proclama de Tiahuanaco de Castelli y 2) la propuesta de monarquía constitucional incaica de Manuel Belgrano. Los discursos del Inca Yupanqui, diputado en las Cortes de Cádiz, el espíritu de Tupac Amaru, el Reglamento de Artigas, la figura heroica de María Remedios del Valle y tantas otras cosas pueden destacarse y avalan esta idea. No son anécdotas, sino la caracterización de una época, con sus protagonistas y proyectos de Patria Grande que finalmente, mutilada esta última, fueron derrotados y enterrados por las elites europeizantes y la historia oficial.

La constitución y la organización del Estado Nacional Argentino fue realizada sobre la base de un genocidio, que se transformó en política de Estado. Y que caracterizó a todos los gobiernos, incluso con sus contradicciones en los gobiernos populares.

b) Genocidio Indígena.

Sin perjuicio del reconocimiento de precedentes más remotos, desde La Campaña del Desierto, comandada por el General Julio Argentino Roca (1879) hasta la actualidad, los pueblos originarios han sido víctimas de un genocidio. Explícito en aquel tiempo; hoy silenciado y acallado, un genocidio por invisibilización.

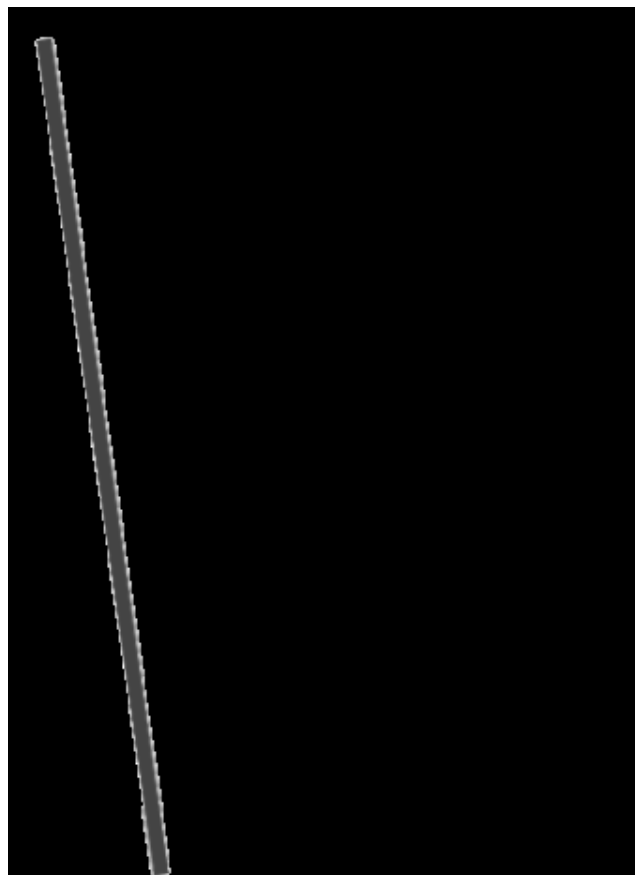
Ya en la Constitución Nacional de 1853, se establecía una cláusula expresa por la cual era un deber del Estado Nacional “convertir a los indios al catolicismo”. De ese modo, se sentaron las bases de una política de estado destinada a erradicar las culturas originarias e imponer la visión judeocristiana, único paradigma viable en la constitución, consolidación y desarrollo del Estado Nacional Argentino.

Durante los Gobiernos Conservadores (1880-1916), los pueblos originarios fueron cruelmente masacrados. Campos de concentración, desapariciones y asesinatos masivos, sometimiento a esclavitud, torturas y robo de bebés son algunas de las tantas acciones desplegadas por el estado, principalmente a través de sus Fuerzas Armadas, dirigidas a los pobladores originarios de estas tierras.^[4] La prisión de la Isla Martín García se transformó en uno de los mayores campos de concentración del país a fines del siglo XIX. Con el advenimiento del radicalismo y las clases populares al gobierno nacional, la situación no fue diferente. Sin embargo, el contexto sí había cambiado. Los indígenas fueron recluidos en “reducciones”. La Guerra del Malón había concluido. Cabe destacar un hecho trascendental por su crueldad e impunidad: la Masacre de Napalpí, de 1924, y durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear, en donde la población indígena fue reprimida por la policía del Territorio Nacional del Chaco y dejó un saldo de más de 500 tobas y mocovíes asesinados.

La Restauración Conservadora y la instauración de la primera Década Infame, luego del Golpe de Estado de 1930, trajeron aparejadas la reinstauración de gobiernos de elite para contrarrestar el auge del populismo Yrigoyenista. El racismo característico de las clases dominantes no estuvo ausente, por el contrario, se acentuó. La invisibilización de lo indígena se profundizó. Cabe destacar los asesinatos masivos cometidos durante la masacre de El

Zapallar, también en Chaco, en el año 1933.

Durante el primer gobierno constitucional del General Juan Domingo Perón, dos hechos ilustran la relación con los indígenas: El Malón de la Paz (1946) y la Masacre de La Bomba, en Formosa (1947).



Sintetizando lo manifestado por Marcelo Valko^[5], el Malón de la Paz implicó una larga marcha hacia Buenos Aires de más de un centenar de hermanos pertenecientes al pueblo Kolla, en reclamo de territorios que les pertenecían. Al llegar a la ciudad, padecieron el confinamiento, secuestro y posterior destierro, cuando, alojados en el Hotel de los Inmigrantes, una madrugada mientras dormían, las tropas irrumpieron dentro de las habitaciones y atacaron el dormitorio de las mujeres. Cuando los hombres salieron en su defensa, terminaron golpeados sin miramientos, muchos fueron empujados y tirados por las escaleras del hotel.

Por su parte la masacre de Rincón Bomba, en Las Lomitas, al oeste de la Provincia de Formosa, frente a una concentración político-territorial-religiosa, el gobierno nacional envió a la Gendarmería, que fusiló por tierra y bombardeó por aire al pueblo Pilagá, persiguió a los sobrevivientes a través del monte durante un mes y provocó la muerte de una proporción importante de la población, en cifras que oscilan entre 800 y 2000 muertos.

La inestabilidad política que caracterizó a la historia argentina durante los años 1955-1983 no se condijo con la estabilidad de las políticas y prácticas negacionistas e invisibilizadoras de lo indígena como una cuestión del presente. La inextricable subsunción de los pueblos indígenas en el campesinado y en los trabajadores migrantes, los relegó a un pasado lejano en el tiempo,

casi pintoresco. El genocidio cultural se había consumado. Las expresiones y reivindicaciones indígenas fueron severamente reprimidas y acalladas.

Con posterioridad a 1983, el estado argentino asumió una serie de compromisos internacionales y desarrolló alguna legislación definida en protección de los derechos indígenas, a más de la reforma constitucional de 1994 por la que se suprimió la cláusula que atribuía al congreso de la nación la conversión de los indios al catolicismo y se reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

c) Los pueblos indígenas en Argentina.

Los pueblos indígenas han quedado estructuralmente en la composición e imaginario de un Estado-Nación en una situación subalterna, especialmente luego de las campañas militares de exterminio y “pacificación” realizadas en los territorios en las últimas dos décadas del siglo XIX y las dos primeras del XX. El mito fundador de una nación homogénea, blanca y cuya población descende de los barcos, colocó a los pueblos originarios en una situación de negación, rechazo y extranjería, tomando como base las ideas de barbarie y salvajismo. Aún hoy, persisten relatos que los ubican en algún momento histórico, migrando desde territorios que hoy son parte de otros estados nacionales (por ej. pueblo Mapuche, pueblo Nivaclé, pueblo Guaraní, pueblo Kolla).

Conforme los datos del último Censo oficial del año 2010, la República Argentina cuenta con una población indígena de 955.032 personas, que representan el 2,4% de la población total. De ese total, 481.074 son varones y 473.958 son mujeres. En cuanto a los grupos etarios, el 28,4% corresponde a personas entre 0 y 14 años; el 65,7%, a personas entre 15 y 64 años; y el 5,9%, a personas de 65 años o más.

Sin embargo, las organizaciones indígenas estiman una población originaria aproximada que oscila entre el millón y medio y los dos millones de personas. A su vez, de acuerdo con un estudio de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires más de la mitad de la población argentina es descendiente de pueblos originarios.^[6]

Por su parte, las organizaciones indígenas estiman cuarenta y un pueblos originarios: Atacama, Ava Guaraní, Aymara, Comechingón, Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Diaguita-Calchaquí, Guaraní, Huarpe, Kolla, Lule, Mapuche, Mbyá Guaraní, Mocoví, Omaguaca, Ocloya, Pampa, Pilagá, Rankulche, Quechua, Querandí, Sanavirón, Selknam (Onas), Tapiete, Tehuelche, Tilián, Qom, Tonocoté, Tupí Guaraní, Vilela y Wichí, entre otros. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) tiene identificadas 1687 comunidades indígenas. Pero solo 1456 comunidades han registrado su personería jurídica en el ámbito del Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) y de los registros provinciales.

III. Los derechos humanos de los pueblos originarios. Marco normativo

La situación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho ha experimentado una transformación importante en las últimas décadas, tanto en el ámbito interno de los estados como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Actualmente los pueblos

indígenas son titulares de los mismos derechos que el resto de las personas, pero, además, lo son de derechos específicos como grupo.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos encontró buenas razones para justificar la incorporación de derechos específicos. En primer lugar, aquellas personas que se enfrentan con mayores dificultades que el resto de la sociedad a la hora de ejercer sus derechos (situación de vulnerabilidad social) o que han sido históricamente excluidas u objeto de prácticas discriminatorias deben recibir protección especial por parte del Estado.

Pero además, en el caso de los pueblos indígenas, se impone otro principio de derecho internacional que es el respeto a la diversidad cultural. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó:

La protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas, como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados” (...) “El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.

Esta concepción inaugura un nuevo paradigma en la relación de los estados para con el sujeto indígena, pues genera la obligación de completar el pasaje de una política asistencialista y asimilacionista, una política que ve al indígena como un sujeto pobre y atrasado, que necesita la asistencia del Estado para integrarse a la sociedad occidental, hacia una política de estado que reconozca al indígena como un sujeto diferente y que le permita existir y legar a las generaciones futuras sus propias pautas de organización social y política, sus sistemas de subsistencia económica, de medicina tradicional, de resolución de conflictos. En definitiva, su propia cosmovisión y su forma de vida, su autodeterminación.

Con la reforma constitucional de 1994, el estado Argentino introdujo importantes cambios en relación a los pueblos originarios, superadores del antiguo art. 67 inc. 15 de 1853/60 que imponía al congreso el deber de conservar el trato pacifico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo, norma fundada en una visión asimilacionista, paternalista, integracionista y negadora por completo de sus derechos. Estos cambios, producto del auge del nuevo constitucionalismo latinoamericano, llevaron a un cambio de paradigma, a una visión pluralista y de respeto de la identidad cultural. Como se indica, en la Convención Nacional Constituyente de 1994 cambió el lenguaje después de casi un siglo y medio. En ese sentido, la convencional Figueroa ha expresado:

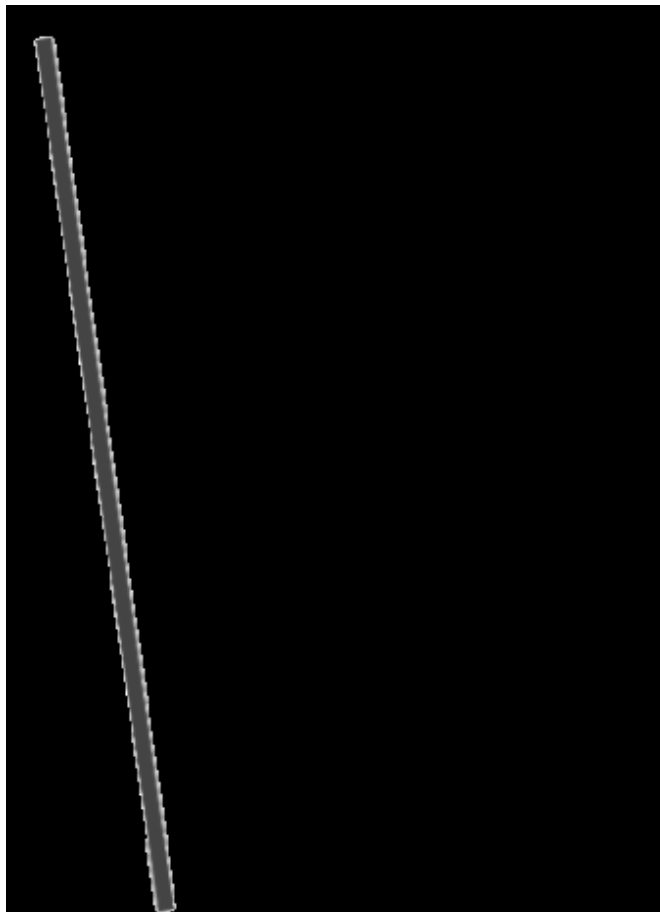
Las Constituciones provinciales coinciden en reconocer al aborigen su identidad étnica y cultural que resulta del hecho de constituir grupos culturales anteriores a la creación del Estado argentino. En todas

ellas se reconoce a los aborígenes como grupos culturales con características y modalidades propias que deben ser respetadas y estimuladas. Asimismo se les reconoce el derecho a la tierra y el de vivir en comunidad a fin de que puedan así transmitir su cultura y conservar su memoria colectiva.

Ha consagrado, además, la jerarquía constitucional de los principales instrumentos jurídicos en materia de Derechos Humanos vigentes tanto en el ámbito de la ONU como en el de la OEA- art. 75, inc. 22, 2.º Párrafo, de la Constitución Nacional (CN). Al mismo tiempo, ha otorgado supralegalidad a los tratados internacionales en general- art. 75 inc 22, 1^{er} párrafo de la CN.

El actual art. 75 inc. 17 de la CN nos indica que dentro de las atribuciones del congreso de la nación se encuentran: 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; reconocer la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos; asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Además, el inc. 19. [...] le atribuye: dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.



Sin perjuicio de las críticas en la redacción y ubicación dentro de la Constitución Nacional, del art. 75 inciso 17, se desprende el reconocimiento de los pueblos indígenas con su organización, sus autoridades, su normativa, su educación, su identidad, sus Territorios ancestrales, su participación, etc.

Antes de continuar es necesario precisar dos cuestiones:

Operatividad del art 75 inc. 17: goza de operatividad, lo que significa que no necesita de reglamentación alguna. Así lo sostuvo Germán Bidart Campos: «La cláusula citada de la Constitución implica, a mi juicio, el reconocimiento directo y automático de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; o sea que es operativa, con el sentido de que el Congreso no podría negar ese reconocimiento». Se trata de lo que en doctrina constitucional se denomina el contenido esencial que, como mínimo, debe darse por aplicable siempre, aun a falta de desarrollo legislativo, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha dictaminado en ese mismo sentido: “Que las disposiciones contenidas en el párrafo 17 del artículo 75 de la Constitución tienen carácter operativo y hacen efectivos los derechos contenidos en ese artículo aún en la ausencia de leyes nacionales o provinciales específicas”.

Concurrencia de atribuciones: Como surge claramente del art. 75 inc. 17 CN, las atribuciones en materia de pueblos originarios son concurrentes de la Nación y las provincias, por lo cual ambos gobiernos en ningún caso pueden excusarse de dar debida respuesta a las demandas planteadas al respecto.

A nivel Internacional, encontramos los siguientes instrumentos que conforman nuestro

ordenamiento jurídico:

-El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT) de 1989.

-Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) de 13 de septiembre de 2007: se reafirman los derechos humanos de los pueblos indígenas y los reconocidos mediante el Convenio 169 de la OIT. Consensuada por 144 estados. Reconoce los estándares mínimos de protección internacional. Entre ellos: la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 15 de junio de 2016.

Por otro lado, a nivel nacional se encuentra, entre otras leyes:

-Ley 23.302 de 1985 y su posterior Decreto reglamentario 155/89, que crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), encargado de diseñar las políticas a favor de los pueblos indígenas, de implementarlas y garantizarlas,. Dicha ley declara de interés nacional la atención y el apoyo de los aborígenes y de las comunidades indígenas existentes en el país, su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. Su ubicación era en el ámbito del Ministerio de Acción Social.

-Ley 26.160 (prorrogada por leyes 26.554 del 2009, 26.894 del 2013 y 27.400 del 2017; y reglamentada por 1122/2007): declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades originarias del país y suspende los desalojos. Asimismo, ordena al INAI a realizar un relevamiento técnico-jurídico- catastral de las tierras ocupadas por las comunidades.

-La ley 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, indica: “Los derechos de los pueblos indígenas” (inclusive el de propiedad comunitaria) “serán objeto de una ley especial”, lo reconoce, pero según lo establezca la ley.

-Decreto 700/2010: crea la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, entre otras.

IV Derecho a la tierra y al territorio. Derecho a la gestión de los recursos naturales

A nivel internacional, se reconoce el derecho a la propiedad y a la posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado y se garantiza su efectiva protección (art. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT). A su vez se distingue entre las nociones de tierra y territorio para reflejar la diferencia entre un espacio físico o geográfico determinado —la porción de tierra en sí— de la reproducción o manifestación de la vida cultural asociada a ese espacio.

La declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido y derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen, ocupan o utilizan de manera tradicional, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma (DNUDPI,

art. 26).

Como se ha expuesto anteriormente, los conceptos de propiedad y posesión difieren de la concepción tradicional del derecho a la propiedad privada, pues tienen una dimensión colectiva. En este sentido la CoIDH ha dicho:

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

La relación de los indígenas con la tierra o territorio no es una relación económica ni una relación de apropiación. Es una relación espiritual, cultural, de identidad, la CoIDH sostuvo:

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

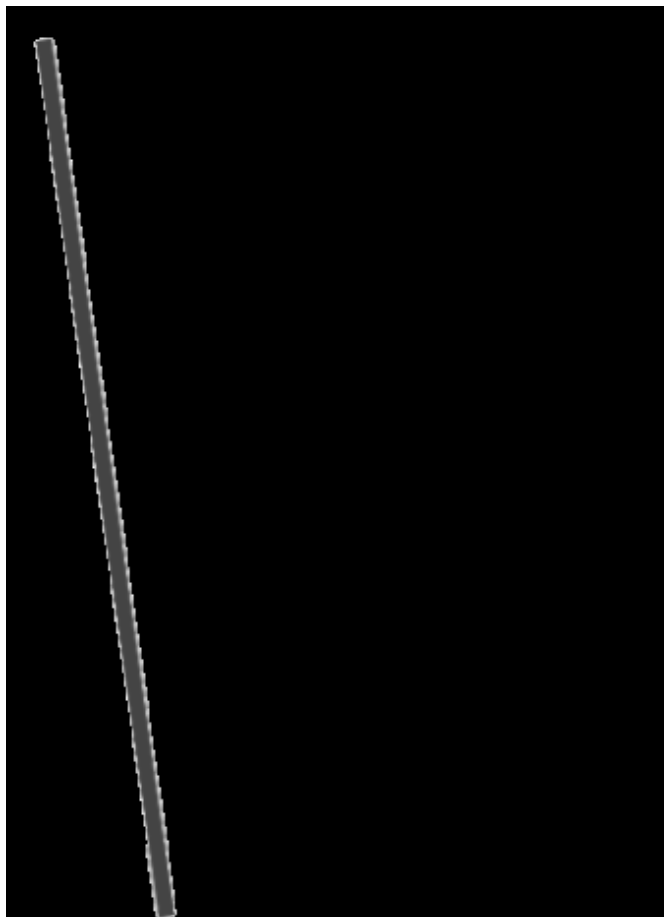
Es así que se ha consagrado como **Principio de Derecho Internacional el Derecho al Territorio Indígena** que contempla:

- a) La entrega de tierras que son utilizadas por el pueblo y la comunidad, respetando las distintas modalidades de uso de la tierra y los recursos.
- b) La restitución de tierras perdidas involuntariamente y a las que hayan tenido tradicionalmente acceso.
- c) La entrega de tierras adicionales o complementarias para asegurar el desarrollo y continuidad del pueblo o comunidad.

Por su parte el Convenio 169 de la OIT reconoce cuatro categorías jurídicas:

- 1) tierras y territorios que tradicionalmente ocupan.

- 2) tierras y territorios que estén exclusivamente ocupadas por ellos o las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
- 3) tierras y territorios adicionales cuando de las que disponga sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico.
- 4) Tierras y territorios sustituidos por traslados.



Propiedad Comunitaria Indígena en Argentina

El art. 75 inc. 17 de la CN reconoce la posesión y propiedad comunitaria indígena de las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, preceptúa que el Estado debe garantizar la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano y en virtud de ello, para que los pueblos indígenas puedan ejercer con plenitud sus derechos humanos fundamentales.

La Propiedad Comunitaria es un Derecho Humano esencial de los Pueblos Indígenas, un prerequisite para el ejercicio del resto de sus derechos. A diferencia de lo que sucede con la propiedad privada, no estamos en el ámbito de los derechos reales. Asimismo, conviene hacer una salvedad decir que el concepto de “propiedad comunitaria indígena” es errado, si se le da al término “propiedad” el sentido clásico, tradicional, que predomina en la sociedad occidental capitalista y que es incompatible con la cosmovisión de los pueblos originarios. Cuando hablamos del territorio no solamente se habla del lugar que la gente de la comunidad usa como asentamiento de sus casas, es un espacio mucho más amplio: los sitios sagrados, los lugares que se usan para la producción y cría de animales, los sembradíos, los recursos naturales (agua, tierra, plantas, minerales, etc.), los cementerios, los sitios de pastoreo, y todo aquel que

la comunidad haya incorporado como parte de su vida, de su cultura e identidad; la relación es espiritual y religiosa. Constituye un elemento integrante de la cosmovisión, 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.

En orden a lo expuesto, corresponde señalar que la Propiedad Comunitaria Indígena en el Derecho Argentino reviste los siguientes caracteres: inajenable, intransmisible por cualquier título (como puede ser, por ejemplo, la compraventa), inembargable, no tributable.

Ello implica que no resulta factible la transferencia ya sea a título gratuito u oneroso, por acto entre vivos o de última voluntad? de los territorios sujetos al régimen de propiedad comunitaria indígena. En el punto no rigen las disposiciones del Código Civil.

Es así que María Angélica Gelli ha dicho:

El reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos con los caracteres de no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable modifica los principios propietarios consagrados en el Código Civil para la propiedad privada, a fin de favorecer el resguardo de la tierra, como factor aglutinante de la comunidad. De todos modos la restricción puede operar como un límite al desarrollo de esas comunidades al cerrar líneas de créditos privados, por falta de garantías suficientes.

Por ello no podrá ser objeto de transacción comercial alguna ni de ningún otro tipo de acto de disposición. Además, es imprescriptible (no puede adquirirse ni perderse con el transcurso del tiempo, por prescripción adquisitiva o usucapión), es decir, que se halla fuera de cualquier supuesto de adquisición o pérdida del derecho por el transcurso del tiempo.

A su vez, algunas constituciones provinciales reconocen derechos territoriales (propiedad comunitaria) a las comunidades indígenas asentadas en sus respectivas jurisdicciones. Las provincias por su parte también pueden inscribir la propiedad comunitaria en sus registros provinciales, pero con las salvedades correspondientes a este tipo de propiedad.

Por su parte, la CSJN expresó que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria: “debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, derechos consuetudinarios, su vestimenta, filosofía y valores”.

La propiedad comunitaria indígena hoy es incluso protegida de forma preventiva por la ley 26.160 y modificatorias que ordena el relevamiento territorial y prohíbe los desalojos de comunidades indígenas.

26. Ley 26160 y sus modificatorias, prorrogada por leyes 26.554, 26.894, 27400 y

reglamentada por decreto 1122/2007

En el orden legal, la ley 26.160 protege de manera preventiva la propiedad comunitaria indígena, declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades originarias del país y suspende la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que impliquen desalojos o desocupación de comunidades indígenas.

El art 1.º dispone:

Declárase 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 inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años”. El art 2 establece: Suspéndase 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 1º. La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.

En este sentido, ordena al INAI realizar un relevamiento técnico-jurídico-catastral de las tierras ocupadas por las comunidades que culmina con la creación de una carpeta que contiene, entre otras cosas, un dictamen jurídico que incluye un estudio de títulos y el desarrollo de potenciales estrategias jurídicas según la condición de dominio del territorio. Sin embargo, no contiene ningún mecanismo de reconocimiento, adjudicación, inscripción ni titulación de la propiedad indígena sobre las tierras relevadas ni se expide respecto de las reivindicaciones de los pueblos originarios sobre los territorios despojados.

El órgano con competencia en esta materia, a nivel nacional, es la Dirección de Tierras del INAI que posee un Registro de Tierras de Comunidades Indígenas (RETECI).

Por medio de esta ley, se ordena al INAI a realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación de dominio de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. Completa esta normativa el Decreto Reglamentario N° 1122/2007 y la Resolución N° 587/07 que creó el “Programa Nacional Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas Re.Te.C.I.- Ejecución Ley 26.160”.

En la normativa mencionada, se aclara que las comunidades con personería jurídica no registrada son las preexistentes incluidas en el art. 1 de la ley. Sin embargo, el art. 2 de la ley 26.160 ha quedado sin reglamentar en el decreto citado. El art. 3 del decreto establece que:

El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas aprobará los programas que fueren menester para la correcta implementación del relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras

ocupadas por las comunidades indígenas originarias del país, para la instrumentación del reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad comunitaria. Los citados programas deberán garantizar la cosmovisión y pautas culturales de cada pueblo, y la participación del Consejo de Participación Indígena en la elaboración y ejecución de los mismos, en orden a asegurar el derecho constitucional a participar en la gestión de los intereses que los afecten. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas realizará el relevamiento técnico-jurídico- catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades registradas en el Registro Nacional de Comunidades indígenas (Re.Na.C.I.) y/u organismos provinciales competentes.

Como cuestionamiento a esta ley, encontramos que dicho programa de relevamiento territorial, no contiene ningún mecanismo de titulación de las tierras, ya que el relevamiento termina con la creación de una carpeta que contiene un dictamen jurídico que incluye un estudio de títulos y el desarrollo de potenciales estrategias jurídicas según la condición dominial del territorio. Tampoco se preuncia sobre la devolución de tierras aptas y suficientes.

A fin de ilustrar la situación, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina (sentencia 6/6/2020) estableció:

Los representantes solicitaron que se ordene al Estado: a) en un plazo no mayor a seis meses, i) la titulación, delimitación y demarcación de 400.000 ha reclamadas dentro de los lotes 14 y 55 en un solo título colectivo a nombre de todas las comunidades indígenas habitantes de dichos lotes; ii) la erradicación de la totalidad de los alambrados y que se tomen las medidas necesarias para prevenir el levantamiento de nuevos cercos, inclusive la confección e implementación, en consulta con las comunidades.

VI .Ley de propiedad

En nuestro estado es una demanda pendiente llegar a la sanción concreta de una ley de propiedad comunitaria, que abarque a todas las situaciones y que cumpla con el derecho a la consulta y participación, que sea representativo y que dé seguridad jurídica, otorgando los títulos de propiedad a todos los pueblos y comunidades existentes. Como antecedentes, encontramos el dictado del Decreto 700/10, el cual establece una Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena y convoca a que la conformen algunos de sus representantes. En el 2012 el Poder Ejecutivo avanzó con la idea de regularla en el Código Civil y Comercial y en este proceso de reforma y unificación se abordaron los derechos de los pueblos originarios, en general, de forma inadecuada. Tal es así, que corresponde

destacar la reacción de los pueblos y comunidades indígenas y organizaciones de la sociedad civil ante las disposiciones –primero del anteproyecto, luego del proyecto de ley– referidas a la propiedad comunitaria indígena. Además de encontrarse inspiradas en relaciones propias del derecho privado de occidente (Derecho Romano), que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena sobre propiedad comunitaria (que incluye tierras y territorios conjuntamente), no se tuvieron en cuenta diversos aspectos vinculados con el Derecho Público, particularmente principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego de un arduo proceso legislativo, en el dictamen que la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación presentó al pleno de la cámara alta del Congreso de la Nación, no se hizo mención de las diversas cuestiones vinculadas con el Derecho Indígena, salvo una remisión genérica a la legislación especial que oportunamente se dicte en relación con la propiedad comunitaria indígena, primando de este modo la postura mayoritaria de pueblos y comunidades indígenas, de organismos de derechos humanos y de organizaciones de la sociedad civil. Como pautas básicas, se solicitan la inclusión del concepto de Derecho Comunal y su relación con el buen vivir, el concepto amplio de Territorio, la relación de las provincias para con los bienes comunales, adaptación de los registros de propiedad de inmueble a nivel a nacional o provincial.

VII- Terricidio

Desde hace unos meses, empezó a sonar muy fuerte un concepto relacionado con los derechos territoriales, la búsqueda de su penalización y su resarcimiento. Desde el Movimiento de Mujeres Indígenas por el Buen Vivir (Organización indígena liderado por la Mapuche Moira Millan) utilizan el concepto de:

Llamamos terricidio al asesinato no solo de los ecosistemas tangibles y de los pueblos que lo habitan, sino también al asesinato de todas las fuerzas que regulan la vida en la tierra, a lo que llamamos ecosistema perceptible. Entendemos que el terricidio es consecuencia del modelo civilizatorio dominante, que está poniendo en riesgo nuestro futuro en el planeta y que hoy se manifiesta a través del cambio climático y sus consecuencias. Nosotras, mujeres y disidencias indígenas organizadas de las 36 naciones indígenas que habitamos la Argentina, sabemos que somos quienes padecemos en nuestro cuerpo-territorio las consecuencias del cambio climático, las que más sufrimos los costos y pasivos ambientales generados por este modelo global de explotación de los recursos naturales.

Esto viene relacionado con los más de 528 años de saqueo territorial. Hemos expuesto que existe normativa que debería frenar estos arrebatamientos territoriales, pero sin embargo esto no sucede.

Esta figura permitirá que en el ámbito penal encuentre junto a los crímenes más grandes de la historia de la humanidad, como Genocidio o Lesa Humanidad. Permitirá juzgar y observar la mala intención que existe al tomar un terreno indígena, destruirlo y desalojarlo y las consecuencias que ello acarree por parte del Estado o de un privado.

Bibliografía

-Alvarado, P., "Regulación de la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (2012-2013) publicado en *Dossier Propiedad Comunitaria Indígena*, 1ª ed., Comodoro Rivadavia: Universitaria de la Patagonia -EDUPA, 2015.

-Alvarado, P. y Perez Ledesma, P., "Los Pueblos Originarios en La Argentina de Hoy: Algunos Aportes Para Su Visibilización", ponencia presentada en Congreso de Derecho Público para Estudiantes y Jóvenes Graduados "Democracia y Estado de Derecho".

-Alvarado, P. "Derechos de los Pueblos Originarios" en *Derechos Humanos y Garantías Bases para su estudio y análisis*, dirigido por el Dr. Juan Antonio Travieso, 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Albremática, 2019.

-Frites, E. "El Derecho de los Pueblos Indígenas". Buenos Aires, Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, 2011, p. 50.

[1] En el presente trabajo se utilizará de forma indistinta Pueblos Originarios y Pueblos Indígenas. Sin entrar en las discusiones de categorías sociales, políticas y coyunturales, y entendiendo que Pueblos Indígenas deriva del consenso alcanzado para la normativa internacional "indigenous people".

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

[3] Zaffaroni, Raúl Eugenio, *La Pachamama y lo humano*, Ediciones Colihüe, 2012.

[4] Encontramos así: Masacre de Pozo del Cuadril, San Luis 1878. Masacre de Apeleg, Chubut 1884. Represión al Pueblo Qom en Qaemltaa (Estero Grande), en las inmediaciones del Fortín Gran Guardia, y en tierras de La Misión Laishí en 1900. Masacre de San Javier, Santa Fe contra el Pueblo Mocoví, en 1904.

[5] Valko, Marcelo. Los indios invisibles del Malón de la Paz. Colección: Cuadernos Sudestada, Editorial: Continente, Buenos Aires, 2012.

[6] Para complementar información dirigirse a: <http://porelpais.com.ar/argentina-indigena/> Fecha de consulta 07/02/2020.

"Reproduzca esta información, hágala circular por los medios a su alcance: a mano, a máquina, a mimeógrafo, oralmente. Mande copia a sus amigos; nueve de cada diez las estarán esperando. Millones quieren ser informados. El Terror se basa en la incomunicación. Rompa el aislamiento. Vuelva a sentir la satisfacción moral de un acto de libertad". (Rodolfo Walsh)