

(S-1984/19)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

TÍTULO I:

NORMAS GENERALES

Artículo 1°.- Objeto.

La presente ley establece el sistema de instrumentación de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas dentro del ámbito de la República Argentina, conforme lo disponen el artículo 75, incisos 17, 19 y 22 de la Constitución Nacional, los artículos 13 a 17 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, los artículos 26, 27, 28, 29 y 32 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (ONU), el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, el artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación y demás normas concordantes¹.

Artículo 2°.- Concepto de Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas.

La Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas es un derecho autónomo, de carácter colectivo y de fuente consuetudinaria reconocida constitucionalmente.

Constituye un derecho humano y es el fundamento jurídico para definir el territorio tradicional o ancestral, base de la subsistencia material y espiritual de los Pueblos Indígenas, de su reproducción, desarrollo socio cultural y de su identidad para el logro del buen vivir (“Sumak Kausay” en quechua y “Kumen Felel” en mapuzungún). Es compatible con los regímenes jurídicos de derechos humanos y con el ordenamiento territorial y ambiental.

La Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas comprende a las tierras ancestrales, tradicionales, y todas aquellas aptas y

¹ Convenio 169, OIT: “Artículo 13. 1. “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

suficientes para la reproducción cultural. Abarca el espacio físico y espiritual dentro del cual se viene desarrollando y reproduciendo la vida y la cultura de un pueblo indígena; donde se desenvuelve su cosmovisión, sus costumbres, usos, prácticas, valores y conocimientos; y se despliega su propio proyecto de desarrollo político, social y económico.

Entre los integrantes de las comunidades indígenas y su territorio tradicional, o ancestral, existe una relación de pertenencia, no considerándose a éste último como un elemento intercambiable por otros bienes, por lo que constituye su fuente de vida y base para el desarrollo social, político, y económico.

Artículo 3º.- Caracteres Legales

La Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas es de administración autónoma, imprescriptible, inembargable, inajenable e insusceptible de gravámenes.

Las tierras que conforman la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas quedan expresamente excluidas del sistema sucesorio del Código Civil y Comercial de la Nación, correspondiendo para su transmisión interna la aplicación del derecho consuetudinario del Pueblo Indígena de que se trate². También se encuentran excluidas del régimen de sociedad conyugal y de unión convivencial.

Dichas tierras podrán ser objeto de otros acuerdos de uso consensuados en el seno familiar y comunitario³.

La presente ley es de orden público y sus contenidos resultan aplicables en toda la República Argentina como presupuestos mínimos para el reconocimiento de los derechos de Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas y de Consulta Previa, Libre e Informada, sin perjuicio del carácter más protectorio de los referidos derechos que pudieran establecer las legislaciones provinciales⁴.

² Convenio 169, OIT: “Art. 17.1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

³ Convenio 169, OIT: “Art. 17.2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

⁴ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Informe realizado en ocasión del Proyecto de Ley 0691/17 de Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, julio de 2018: “El Estado Nacional tiene la obligación de fijar el contenido de los pisos mínimos del derecho a la propiedad comunitaria indígena y a la consulta libre, previa e informada. En esa clave el proyecto debería establecer que las provincias y los municipios podrán dictar normas, según su jurisdicción, más protectorias, pero están impedidas de adoptar aquellas medidas que impliquen una violación a los presupuestos mínimos”.

La presente Ley no podrá ser modificada sin antes haberse realizado el correspondiente Proceso de Consulta Previa, Libre e Informada, en los términos del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

Artículo 4º.- Alcance de la propiedad Comunitaria Indígena.

La propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas incluye la tierra y los territorios que las Comunidades tradicional o ancestralmente ocupan, sobre los que ejercen una posesión de acuerdo a las formas y modalidades propias de uso, conforme su cultura y la relación que mantienen con las mismas. A los efectos de la presente ley se consideran incluidos aquellos territorios sobre los que las comunidades ejercen o han ejercido un uso comunitario, una relación cultural o espiritual y las áreas de restos arqueológicos.

La Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas comprende la superficie, el subsuelo, y todos los recursos naturales extraíbles, renovables y no renovables, que en él se encuentren (hidrocarburos, agua, minerales, etc.), abarcando la biósfera y el espacio aéreo inmediatamente ubicado por encima de la superficie. La comunidad sostiene la integridad de los bienes materiales e inmateriales de los Territorios Comunitarios Indígenas y cuenta como sus elementos constitutivos a las zonas de agricultura, de pastoreo y crianza de animales; a los sitios de asentamientos e itinerarios tradicionales de caza y recolección, zonas de invernada y veranada, cementerios, lugares sagrados, fuentes de abastecimiento de agua pura (ríos y arroyos, glaciares, vertientes, etc.) y de plantas medicinales, minerales y sales, y todos aquellos elementos del territorio sobre los que la comunidad ejerce algún uso, conforme su cultura y sus costumbres⁵.

⁵ Convenio 169, OIT: Artículo 14. 1. “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU: Artículo 26. “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido...”

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

Queda prohibida la exploración y explotación de los recursos naturales dentro del territorio tradicional o ancestral de una comunidad indígena sin la autorización expresa de la misma, expresada a través del correspondiente Proceso de Consulta Previa, Libre e Informada. Se interrumpen las actividades de desmonte, minería, explotación hidrocarburífera, depósito de residuos domiciliarios o industriales, y toda otra aquella actividad susceptible de ocasionar daño al medio ambiente⁶.

Artículo 5º.- Tierras aptas y suficientes.

Las comunidades indígenas y sus futuras generaciones tienen el derecho de requerir otras tierras aptas, productivas y suficientes para el desarrollo humano, y que las mismas sean reconocidas en carácter de Propiedad de Territorio Comunitario Indígena. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, de ser necesario, en las zonas próximas más aptas para su desarrollo, de acuerdo con las pautas culturales de cada pueblo indígena y en consulta con los mismos. Las comunidades indígenas podrán requerir la adjudicación de dichas tierras aptas y suficientes en carácter de reparación histórica y la autoridad administrativa dará curso a tal pedido conforme a los principios establecidos en la presente ley⁷.

4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

⁶ Constitución Nacional, Art. 41; Convenio N° 169 de la OIT, Art. 4.1 y 7.4; Ley General del Ambiente N° 25.675, Art. 4.

⁷ Ley 23.302, Artículo 7: “Dispónese 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. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo...”

Constitución Nacional, Art. 75, inc. 17: “Corresponde al Congreso... 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”

Convenio 169, OIT: Art. 19. “Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico”;

Artículo 6º.- Titularidad de los Territorios Comunitarios Indígenas.

El Título de Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas se instrumentará a nombre de una comunidad con personería jurídica, con personería jurídica en trámite o con comprobante de declaración de conformación como comunidad realizado ante el RENACI u organismos provinciales equivalentes con competencia en la materia.

Todas aquellas tierras que se adquieran como organización indígena, aun no reuniendo condición de comunidades, serán reconocidas con los caracteres de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas.

En los supuestos de existir errores en la confección o en la inscripción previas de la titularidad de los territorios comunitarios indígenas, o en aquellos casos en que existan títulos individuales otorgados previamente a favor de los integrantes de una comunidad indígena, la Autoridad de Aplicación podrá, a pedido de los mismos, unificar y/o corregir los títulos otorgados en los términos correspondientes a la presente ley.

Artículo 7º.- Protección de los Sitios Sagrados Indígenas

Declárese la intangibilidad de los sitios sagrados y/o de arte rupestre correspondientes a los pueblos indígenas existentes dentro del territorio argentino, los que serán denominados en lo sucesivo “Áreas de Protección Cultural y Espiritual Indígena” e incluirán los lugares ceremoniales, religiosos, espirituales y culturales, sus accesos y entornos necesarios para el culto. Los mismos serán considerados Patrimonio Cultural del pueblo de que se trate y su emplazamiento deberá reconocerse como parte del título de Propiedad del Territorio Comunitario Indígena.

a).- El Estado Argentino asume la obligación de mantener y proteger las Áreas de Protección Cultural y Espiritual Indígena, para lo cual dispondrá de una partida presupuestaria específica en favor de la Autoridad de Aplicación de la presente ley, la que será ejecutada en consulta con las Comunidades Indígenas de la República Argentina.

Queda restringido el ingreso al territorio comunitario de investigadores, especialistas, académicos, religiosos, empresas turísticas o emprendedores de cualquier tipo, sin el expreso consentimiento

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU: Art. 26.2. “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

brindado por la asamblea comunitaria o por las autoridades electas por la misma.

b).- El relevamiento de las Áreas de Protección Cultural y Espiritual Indígena existentes dentro del territorio de la República Argentina será realizado por equipos técnicos interculturales propuestos por la Autoridad de Aplicación de la presente ley y por las Comunidades representativas de los pueblos indígenas de cada región, contando para ello con el plazo que resulte necesario. El Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, así como el Consejo de Participación Indígena (CPI) y otras organizaciones de Pueblos Indígenas debidamente reconocidas, podrán proponer técnicos interculturales para su consideración por las Comunidades indígenas involucradas y por la Autoridad de Aplicación.

c).- Deberán suspenderse preventivamente, en sede administrativa, los otorgamientos de títulos y la constitución de servidumbres, así como la realización de cualquier tipo de obras o movimientos de terreno, sobre todos aquellos espacios que hubieren sido denunciados, o se encuentren siendo relevados como Áreas de Protección Cultural y Espiritual Indígena. Esta medida deberá sostenerse hasta tanto se realice sobre los mismos el relevamiento dispuesto en el inciso anterior.

d).- En caso de confirmarse que el sitio relevado conforme al inciso anterior corresponde a un Área de Protección Cultural y Espiritual Indígena, se correrá vista a la Autoridad de Aplicación de la presente ley y a la Comunidad Indígena interesada, luego de lo cual se dispondrán medidas especiales para salvaguardar la integridad de los mismos, disponiendo las expropiaciones, servidumbres y/o restricciones al dominio que resultaren necesarias para lograrlo, decretando asimismo la nulidad de todas las actuaciones que hubieren otorgado derechos sobre dichos espacios en favor de terceros.

e).- Las tareas de resguardo, preservación y administración de las Áreas de Protección Cultural y Espiritual Indígena estarán a cargo de las comunidades e instituciones representativas del pueblo de que se trate y serán garantizadas por el Estado.

f).- El Estado Nacional y los Estados Provinciales deberán garantizar la restitución de los restos óseos y/o arqueológicos hallados en poder de museos públicos y privados, o de coleccionistas particulares, a sus comunidades o lugares de origen. Los restos arqueológicos hallados en los territorios comunitarios deben ser conservados “in situ”, e integran la Propiedad del Territorio Comunitario de la comunidad de que se trate.

Artículo 8º.- Proyectos de Desarrollo.

Deberán respetarse las prioridades y estrategias que para su desarrollo establezca cada Pueblo o Comunidad. A tales fines el Estado garantizará la realización de Procesos de Consulta con los mismos para obtener su Consentimiento Previo, Libre e Informado, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental, social y cultural⁸, respecto de cualquier proyecto de desarrollo que pudiera afectarles en su territorio o recursos⁹.

La decisión adoptada a partir de la consulta será de carácter vinculante y generará efectos hacia el Estado y terceros.

TITULO II.- PROCESO DE CONSULTA EN LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Artículo 9º.- Proceso de Consulta.

A los fines de la instrumentación de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas se entiende por Proceso de Consulta al procedimiento que tiene por objeto establecer un Diálogo Intercultural entre los Pueblos Indígenas y/o Comunidades y el Estado en asamblea comunitaria, con participación plena y a fin de obtener su Consentimiento. En el caso de la presente ley, la Consulta deberá ser Previa, Libre, Informada y Pública, y versará sobre aquellas cuestiones

⁸ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Informe realizado en ocasión del Proyecto de Ley 0691/17 de Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, julio de 2018: “La previsión de los estudios de impacto ambiental, social y cultural de los proyectos que afecten los derechos de los pueblos indígenas debería incluir la necesidad de consultar a las organizaciones indígenas formadas por los propios pueblos y comunidades indígenas”.

⁹ Convenio 169, OIT: Art. 15. 1. “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, Art. 28. “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

relacionadas con la posesión tradicional indígena en cada caso y con los alcances del futuro título de propiedad comunitario, siendo vinculante la decisión adoptada.

Todo Proceso de Consulta incluirá las siguientes etapas, debiendo llevarse adelante mediante asambleas comunitarias y ser debidamente cumplimentadas cada una de ellas para pasar a la siguiente:

- a).- Etapa preliminar para diseño de cada proceso específico;
- b).- Etapa informativa;
- c).- Deliberación y discusión;
- d).- Definición y decisión en la etapa de redacción del Título; debiendo respetarse los tiempos que cada comunidad requiera para su decisorio.
- e).- Seguimiento y control.

La autoridad de aplicación deberá garantizar los medios económicos que resulten necesarios para la realización del Proceso de Consulta, debiendo designar a los responsables de la entrega de toda la información y documentación a la comunidad durante el desarrollo del proceso. Para el acompañamiento y asesoramiento del procedimiento las comunidades podrán designar profesionales, técnicos o idóneos de confianza, externos al objeto puesto en consideración. Asimismo, durante todas las etapas del proceso de consulta deberá contarse con la asistencia de, al menos, un traductor o intérprete de la lengua designado por la comunidad, bajo pena de nulidad.

Las Audiencias Públicas vinculadas a los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental, Social o Cultural, o al reconocimiento de un determinado Territorio Comunitario Indígena, no liberan al Estado de la obligación de realizar el correspondiente Proceso de Consulta para la obtención del Consentimiento Previo, Libre e Informado.

Las etapas “b”, “c” y “d” mencionadas en el presente artículo serán válidas siempre y cuando cuenten con la participación de la totalidad de los miembros mayores de edad de la comunidad. La misma participación se requerirá para entender que se cuenta con el consenso necesario sobre las cuestiones planteadas.

Durante todo el Proceso de Consulta el Estado deberá respetar los principios de oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad en los procedimientos, plazo razonable, información adecuada y exhaustiva, igualdad entre las partes, reconocimiento a la representatividad

indígena, equidad de género, ausencia de coacción y respeto por la madre tierra¹⁰.

Artículo 10º.- Terminología.

A los fines de la presente ley se considera:

a).-Consentimiento: Es la manifestación clara de la aceptación consciente por parte de los pueblos indígenas, con la plena participación de sus miembros, a través de procesos tradicionales de toma de decisión.

b).- Libre: No debe existir ningún tipo de presión, soborno, ni amenazas o represalias hacia los integrantes de la comunidad por la decisión a adoptar.

c).- Informado: Las comunidades deben disponer de toda la información relevante acerca del proyecto. La misma debe ser imparcial acerca de los potenciales riesgos y beneficios, según los conocimientos y prácticas indígenas. La información referida al objeto de la consulta debe ser adecuada, suficiente, completa, detallada, constante, fácil de comprender e interpretar para la comunidad involucrada, y ser presentada en tiempo suficiente para su estudio.

d).- Previo: La información a que se refiere el punto “c” del presente artículo deberá ser presentada con una anticipación no menor de 60 días de la fecha a realizarse la audiencia de consulta, la que deberá ser pública y previa al avance de cualquier actividad, e incluir ventajas y desventajas, bajo pena de nulidad.

¹⁰ Convenio 169,OIT Artículo 6. “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

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

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

TITULO III.- PRINCIPIOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS TERRITORIOS COMUNITARIOS INDIGENAS

Artículo 11º.- Modos de constitución de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas.

La Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas será constituida:

- a) Por ocupación tradicional o ancestral;
- b) Por reconocimiento y transferencia de los Estados Nacional, Provincial o Municipal, según la jurisdicción aplicable;
- c) Por cesión, donación, adquisición o sentencia judicial;
- d) Por expropiación;
- e) Por nulificación de títulos individuales y posterior transformación de los mismos en Título de Propiedad de Territorio Comunitario Indígena.-

Artículo 12º.- Casos de Lesión Subjetiva y otros vicios de la posesión.

En aquellos casos en que se detectaren situaciones de Lesión enorme o subjetiva, usurpación u otros vicios de la posesión y/o adquisición del dominio en perjuicio de las comunidades indígenas que hubiere implicado el despojo de su territorio tradicional o ancestral; la autoridad de aplicación de la presente ley, coordinadamente con las autoridades provinciales competentes, promoverá las investigaciones del caso y arbitrará los medios para realizar las gestiones administrativas y/o judiciales correspondientes para su restitución, o su compensación en tierras aptas y suficientes cuando no fuere posible su restitución¹¹.

¹¹ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Informe realizado en ocasión del Proyecto de Ley 0691/17 de Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, julio de 2018: “Según la Corte Interamericana, “...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...”, caso éste en el cual los indígenas “... tienen el derecho de recuperarlas...”, aún frente a terceros inocentes y para el supuesto caso en no pudiesen ser restituidas por razones materiales o de fuerza mayor, tiene derecho a otras tierras de características similares. Vale recordar que la Corte Interamericana ha señalado hace tiempo que el derecho a la restitución permanece mientras subsista la relación fundamental con el territorio ancestral y que mientras subsista la relación con los territorios ancestrales que son la base la base espiritual y material de la identidad indígena “... el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá...” Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131. Ver en el mismo sentido: Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 112.

Corresponderá la misma solución en los supuestos de desalojos de comunidades indígenas realizados en virtud de órdenes judiciales que hubiesen vulnerado los principios vigentes en materia de derecho de los pueblos indígenas al territorio, y en aquellos desalojos derivados de vías de hecho por parte de particulares, que resultaren consolidadas ante la inacción del Estado para garantizar dichos derechos¹².

En ambos casos, cuando resulte necesario, se solicitará al Poder Legislativo Nacional y/o al de la jurisdicción correspondiente, quienes resultan solidariamente responsables en virtud de las facultades y responsabilidades concurrentes, el uso del mecanismo de la expropiación¹³.

¹² Idem “En diferentes zonas del país, los pueblos y comunidades indígenas han perdido parte de sus territorios poseídos ante el avance de la frontera agropecuaria y diversos emprendimientos productivos. Además, los desmontes que se han sucedido han provocado una grave pérdida de fuentes de supervivencia de distintas comunidades. Del mismo modo, también son conocidos los casos de emprendimientos turísticos que desplazaron a pueblos y comunidades indígenas y procedieron a alambrarlas para impedir el acceso de los pueblos y comunidades indígenas. En estos casos, en la medida que el vínculo de los pueblos y comunidades indígenas se mantenga con los territorios perdidos, el proyecto debería prever un procedimiento conforme los estándares fijados por el SIDH y no limitarlos exclusivamente a los supuestos de lesiones subjetiva y/o vicios de la posesión”.

¹³ Ley 2287 de Río Negro, promulgada 22/12/1988.- Art. 12.- “La autoridad de aplicación de la presente Ley, coordinadamente con la Dirección de Tierras de la Provincia, efectuará las investigaciones en relación al cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Tierras, las leyes vigentes de creación de Reservas, y los derechos vinculados a la tradicional posesión previos a la provincialización. En caso de detectar anomalías arbitrará los medios para realizar las gestiones judiciales correspondientes.

Art. 13.- En los casos que luego del análisis a que se hace referencia en el artículo anterior se detectaran situaciones de lesión enorme o subjetiva, usurpación u otros vicios de la posesión y/o adquisición del dominio en perjuicio de las comunidades indígenas y/o sus pobladores, el órgano de aplicación dará intervención a la Fiscalía de Estado a los fines de la promoción inmediata de las acciones judiciales y/o administrativas que correspondan, y cuando fuera necesario se solicitará al Poder Legislativo el uso del mecanismo de la expropiación”.

Convenio 169, OIT, Art. 14.3 “Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

Convenio 169, OIT, Art. 17.3. “Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.

Convenio 169, OIT, Art. 18. “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, Artículo 28.1. “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.

Informe del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. James Anaya. 4 de julio de 2012: 35. “Otra crítica relacionada al programa de relevamiento del INAI es que no establece mecanismos que resuelvan casos en los que una comunidad afirme un derecho de restitución de tierras sobre tierras de las que hayan sido desposeídas recientemente o donde existan reclamos por reconocimiento de territorios superpuestos entre comunidades y propietarios privados. Además, se observa que el programa de relevamiento no se aplica a las comunidades cuyos miembros, a raíz de la desposesión de sus tierras ancestrales unas generaciones atrás, se encuentran dispersos en zonas urbanas”.

Artículo 13°.- Criterios para el reconocimiento legal.

Deberán observarse los siguientes criterios legales a los fines del reconocimiento territorial a las comunidades:

- a) Cuando debido a razones de fuerza mayor fundadas en acontecimientos de la naturaleza, acciones del estado y/o terceros, las comunidades deban ser reubicadas, previo consentimiento previo, libre e informado, el Estado garantizará que lo sean en tierras aptas y suficientes, de tal modo que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. En caso de que dejen de existir las causas que motivaron su traslado, las comunidades tendrán el derecho de regresar a sus territorios tradicionales.
- b) Tendrán preferencia para ser adjudicatarias las comunidades que carezcan de tierras o que las tengan insuficientes.
- c) Las comunidades rurales o territoriales que tengan comprometido su sustento, reproducción o desarrollo de acuerdo a sus prioridades, deberán contar con otras tierras accesorias a las que tradicionalmente vinieron ocupando, de las que dispondrán en condiciones de seguridad jurídica.
- d) Cuando las comunidades urbanas requieran de sitios especiales para la realización de prácticas culturales, ceremoniales o de desarrollo económico, contarán con espacios comunes destinados a los mismos, los que gozarán de las mismas características y garantías que la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas¹⁴.

¹⁴ Ley 23.302, Art. 7. "...la adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares.

Convenio 169, OIT, Artículo 16. 1. "A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento".

e) El Estado deberá sanear los territorios reivindicados por los pueblos y comunidades indígenas a fin de que los mismos tengan acceso, de manera integral, al espacio territorial que les garantiza su supervivencia cultural, alimentaria y social. A tal fin, tales territorios deberán ser liberados de la presencia de terceros no indígenas, o de actividades que resulten incompatibles con el reconocimiento de los derechos regulados en la presente ley¹⁵.

Artículo 14^o.- Aplicación del criterio más favorable.

Cuando el reconocimiento y ejercicio de la Propiedad Comunitaria Indígena entre en colisión con el ejercicio de otros derechos reconocidos en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales o en los demás Códigos Nacionales o Provinciales, la interpretación legal será en el sentido más favorable a los principios de la Propiedad Comunitaria Indígena.

TÍTULO IV: INSTRUMENTACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Artículo 15^o.- Inscripción declarativa.

A los fines del cumplimiento de la presente ley, las Comunidades, sean éstas actuales o preexistentes, deberán ser inscriptas con carácter meramente declarativo en un Registro Especial que, para el caso, dispondrá el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) y/o los organismos provinciales que hubieren celebrado el respectivo convenio específico con la Autoridad de Aplicación de la presente ley. Quedarán incluidas también aquellas comunidades que hubieren iniciado, o inicien, el trámite de inscripción en alguno de los mencionados Registros, aun teniendo pendiente su registro definitivo. La autoridad de aplicación deberá otorgar en cada caso la certificación correspondiente. Los Títulos de Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas y los Planos de Mensura correspondientes a los mismos, deberán ser inscriptos ante los Registros de Propiedad Inmueble y de Catastro de cada Provincia, respectivamente.

Artículo 16^o.- Gratuidad de los procedimientos.

¹⁵ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil, 5 de febrero de 2018, párrafo 124 “...para garantizar el uso y goce del derecho de la propiedad colectiva, los Estados deben asegurar que no exista interferencia externa sobre los territorios tradicionales, esto es, remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión a través del saneamiento con el objeto de que el ejercicio del derecho a la propiedad tenga un contenido tangible y real (...) El saneamiento no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho...”.

La totalidad de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a la obtención del reconocimiento de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas son gratuitos. Los gastos que demandaren la confección de planos de mensura y de los títulos de propiedad se encontrarán a cargo del Estado y serán otorgados sin costo alguno para las comunidades y organizaciones, eximiéndose a todo el procedimiento de sellados, tasas o gravámenes.

Artículo 17º.- Reconocimiento de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas.

La Autoridad de Aplicación de la presente ley, ante el pedido de una o más Comunidades Indígenas, dictará un acto administrativo que reconocerá la posesión comunitaria en el marco del Relevamiento técnico, jurídico y catastral dispuesto por la ley 27.400, o de aquellas comunidades que lo solicitaren en el futuro en el marco de la presente ley, en un plazo no mayor de 60 días desde realizada la presentación. Dicho acto deberá ser dictado por la máxima autoridad del organismo y agotará la vía administrativa.

Durante el plazo de sustanciación que demandaren las peticiones de los pueblos y comunidades indígenas, quedarán suspendidas en sede administrativa las actividades que pudieren modificar, destruir o desnaturalizar el territorio solicitado, tanto por parte del Estado como por terceros. Quedarán suspendidos, durante el mismo plazo, todo tipo de transmisiones, gravámenes o cualquier tipo de enajenaciones sobre la propiedad de los referidos territorios en favor del Estado o de terceros.

Artículo 18º.- Obras de Infraestructura social.

El acto administrativo de reconocimiento de la posesión dictado por la Autoridad de Aplicación de la presente ley, faculta para autorizar la ejecución de toda obra de infraestructura social planificada por el Estado nacional, provincial o municipal, que cuente con el Consentimiento Previo, Libre e Informado de la Comunidad Indígena de que se trate, de acuerdo a la reglamentación, a las prácticas culturales y a los conocimientos ancestrales de la misma. La decisión así adoptada resultará vinculante para la autoridad pública, bajo pena de nulidad.

Artículo 19º.- Impugnación judicial.

Las Comunidades Indígenas solicitantes podrán interponer recurso judicial contra la resolución definitiva de la Autoridad de Aplicación de la presente ley ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, o las Cámaras Federales con asiento en

las provincias, a elección de las comunidades u organizaciones indígenas afectadas.

Interpuesto el recurso, el tribunal solicitará las actuaciones administrativas, las que deberán ser remitidas por el órgano administrativo dentro del plazo de diez (10) días de notificada dicha intimación. El tribunal imprimirá a la causa el procedimiento ajustado a derecho que resguarde la defensa en juicio y garantice el debido proceso, debiendo dictar sentencia dentro del plazo de sesenta (60) días computados desde la fecha del sorteo del expediente, excepto en aquellos casos en que se requiera una extensión específica del plazo a los fines de la producción de prueba pendiente.

Los procedimientos de impugnación que pudieran presentar los terceros afectados en virtud del reconocimiento que la Autoridad de Aplicación realice a la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas, deben ser habilitados por las distintas jurisdicciones en el marco de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que permitan garantizar la efectividad de los derechos territoriales indígenas y que limiten un nivel de litigiosidad que lo impida o prolongue indebidamente en el tiempo.

Las cargas probatorias en el procedimiento serán dinámicas, permitiendo la adopción de medios alternativos de prueba a los fines de garantizar el respeto por la cultura y costumbres de las comunidades indígenas, asumiendo el mismo estado la carga probatoria cuando las circunstancias así lo requieran; todo ello en atención a lo estipulado por los artículos 12 del Convenio 169 de la OIT, 8.2 y 40 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU¹⁶.

Artículo 20°.- Unidades Ejecutoras de Análisis e Instrumentación.

¹⁶ Convenio 169, OIT, Art. 12 “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, Art. 8. “2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica.

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

b) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, Artículo 40. “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Créanse las UNIDADES EJECUTORAS DE ANÁLISIS E INSTRUMENTACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS TERRITORIOS COMUNITARIOS INDÍGENAS. La Autoridad de Aplicación de la presente ley convocará a la conformación de las mismas, las que tendrán un carácter interdisciplinario y funcionarán en la jurisdicción de cada una de las provincias, garantizarán la participación de los pueblos y comunidades involucradas y actuarán en forma coordinada con la autoridad de aplicación. Se encontrarán integradas por representantes de organismos nacionales y provinciales competentes en la materia, así como por un número igual de representantes de las comunidades indígenas involucradas, elegidos a propuesta de las mismas.

El INAI pondrá a disposición de dichas unidades, previa consulta al Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina¹⁷ y al Consejo de Participación Indígena (CPI), las cartografías georeferenciadas comunitarias resultantes del relevamiento técnico, jurídico y catastral y las provincias aportarán la información referida a los titulares registrales, a la situación catastral y eventuales poseedores de las tierras relevadas y colindantes.

Las Unidades Ejecutoras tendrán a su cargo analizar, cuantificar y categorizar las cartografías comunitarias, a fin de elaborar un diagnóstico que sirva de base para la formulación de los dictámenes con propuestas conducentes a la instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, el que será remitido a los organismos provinciales competentes¹⁸, e incluirá las instancias de demarcación, delimitación y titulación de los territorios indígenas.

¹⁷ Decreto PEN 672/2016. ARTÍCULO 1º.- Créase el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, el que tendrá como finalidad promover el respeto de los derechos previstos por la Constitución Nacional, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la Ley N° 24.071, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

ARTÍCULO 2.- Establécese que para lograr la finalidad prevista por el artículo precedente, el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, propenderá a generar condiciones para que se efectivice un diálogo intercultural, a fin de que las medidas legislativas y/o administrativas que afecten directamente a los pueblos y/o comunidades indígenas, hayan contado con su intervención previa, incluyéndolos en los procesos de toma de decisión, actuando de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas...

ARTÍCULO 3.- El Consejo Consultivo y Participativo tendrá por funciones:

a. ... Proponer un proyecto de reglamentación del derecho a la consulta previa, libre e informada, conforme a lo establecido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la Ley N° 24.071; y un proyecto de reglamentación de la propiedad comunitaria indígena.

¹⁸ Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, Artículo 27. “Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras,

Para el cumplimiento de sus fines, las Unidades Ejecutoras contarán con provisiones financieras que permitan el traslado, alimentación y todo lo necesario para que los equipos interdisciplinarios se encuentren acompañados, en todas las instancias, por representantes de los pueblos y comunidades indígenas interesadas.

Artículo 21º.- Requisitos para integrar las Unidades Ejecutoras.

A los fines de designar a los integrantes de las Unidades Ejecutoras establecidas en el artículo anterior deberán respetarse las siguientes pautas:

1).- Los representantes del Estado Nacional o de las provincias deberán acreditar idoneidad y conocimiento de la legislación y problemática indígena y/o ambiental a través de un concurso público de exposición y antecedentes, el que deberá celebrarse en un plazo no mayor de 90 días. En caso de quedar vacantes los mismos serán designados a propuesta de las comunidades indígenas, en igual plazo.

2).- Los representantes de los Pueblos Indígenas deberán ser electos, sólo a los efectos de dicha función específica, por parte de las Comunidades indígenas, en forma autónoma y siguiendo sus pautas culturales para la adopción de decisiones, integrando debidamente a los miembros de los Consejos de Ancianos de las comunidades interesadas.

Artículo 22º.- Homologación y registración.

Cualquiera fuere el modo de constitución de la propiedad, el Estado Nacional o Provincial tendrá a su cargo la obligación de homologar la Propiedad Comunitaria de los Territorios Indígenas a través de sus organismos competentes, previo a la registración del título, conforme a la reglamentación que al efecto dictará el Poder Ejecutivo en consulta con los Pueblos Indígenas.

Artículo 23.- Registración Catastral.

Ordénese a los organismos catastrales de cada jurisdicción registrar la ubicación georeferenciada de los límites del territorio y la superficie concerniente a la posesión comunitaria de las Comunidades Indígenas que hubieran sido relevadas en el marco de las leyes 26.160, 26.554, 26.894 y 27.400, y de aquellas que lo solicitaren a partir de la puesta en vigencia de la presente ley. Deberán registrarse también los sitios

territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

sagrados ancestrales referidos en el artículo 7, y aquellos en que se hubieren hallado restos arqueológicos, de lo cual se notificará al organismo de aplicación de la presente ley en un plazo no mayor a 60 días.

TITULO V.- SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Artículo 24°.- Verificación del cumplimiento por el Poder Ejecutivo.

La Autoridad de Aplicación de la presente ley tendrá a su cargo la articulación con otros organismos del Estado Nacional a los efectos de realizar la homologación prevista en el artículo N° 22 y la verificación del cumplimiento del objeto, ejercicio, caracteres y finalidades de la propiedad comunitaria indígena reconocida en jurisdicciones nacionales.

Los gobiernos provinciales definirán los organismos competentes que tendrán a su cargo el registro previsto en el artículo N° 23 y la verificación del cumplimiento del objeto, ejercicio, caracteres y finalidades de la propiedad comunitaria indígena en jurisdicciones provinciales.

Artículo 25°.- Seguimiento por los Órganos de Control.

La Auditoría General de la Nación llevará un control de los fondos, del nivel de ejecución presupuestaria y de gestión de las acciones derivadas de la presente ley, debiendo informar en forma trimestral sobre la evolución de la misma al Congreso de la Nación. A los fines de brindar fiel cumplimiento a lo estipulado, la Autoridad de Aplicación identificará las partidas presupuestarias relacionadas con la ejecución de la presente ley y brindará toda la colaboración que se le requiera. Dicha información se encontrará a disposición de todas las Comunidades Indígenas de la República Argentina que la soliciten.

Artículo 26°.- Participación de la Defensoría del Pueblo de la Nación.

Confórmase, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Nación, un cuerpo colegiado integrado por técnicos que la misma disponga al efecto, junto a representantes electos de las comunidades indígenas a propuesta del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina y del Consejo de Participación Indígena (CPI), el que contará con las siguientes funciones:

a) Ejercer y promover la participación de las comunidades indígenas para el control de la ejecución y estado de avance de las acciones, planes y programas vinculados al cumplimiento de la

presente ley, cualquiera sea su instrumentación, centralizada o descentralizada.

b) Solicitar información actualizada al Poder Ejecutivo Nacional, organismos provinciales y municipales, organizaciones de la sociedad civil y de pueblos originarios, instituciones académicas, y toda otra fuente relevante que aporte al cumplimiento de los objetivos de la presente ley.

c) Establecer mecanismos de difusión y acceso a la información que reciba y produzca en su carácter de Cuerpo Colegiado, en el cumplimiento de sus funciones, y para la recepción de sugerencias de la ciudadanía.

d) Presentar informes en forma semestral sobre la ejecución de la presente ley.

Artículo 27º.- Relevamiento Técnico-Jurídico- Catastral (Leyes nº 26.160, 26.554 y 26.894 y 27.400).

La cartografía del Territorio Comunitario producto del relevamiento técnico-jurídico-catastral efectuado en el marco de las leyes Nº 26.260, 26.554, 26.894 y 27.400, será considerada prueba suficiente en los expedientes administrativos y/o judiciales de la posesión comunitaria indígena.

El relevamiento realizado en virtud de las referidas leyes no estará limitado a la demarcación original, ni será considerado taxativo, por lo que permitirá la realización de otros nuevos relevamientos en aquellos casos de futuros territorios que pudieran denunciar las comunidades en el marco de la normativa constitucional e internacional vigente en nuestro país.

A los fines de la instrumentación de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas, la cartografía referida será considerada válida cuando se obtenga la conformidad, debidamente documentada, de la mensura por parte de la comunidad, y se dicte el acto administrativo de reconocimiento de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas por parte de la Autoridad de Aplicación de la presente Ley, quien asumirá la responsabilidad por la documentación suscripta.

TITULO VI.- FINANCIAMIENTO PARA LA INSTRUMENTACIÓN DE LA PROPIEDAD

COMUNITARIA INDÍGENA

Artículo 28º.- Fondo Federal de Reparación Histórica para la Instrumentación de la Propiedad Indígena.

Créase el Fondo Federal de Reparación Histórica para la Instrumentación de la Propiedad indígena, el que se asignará a la Autoridad de Aplicación de la presente Ley y estará integrado por:

- a) Un monto anual de \$400 millones, el que será actualizado anualmente conforme la medición del Índice de Precios al Consumidor (IPC) realizada por el INDEC.
- b) Las partidas especiales que se asignen anualmente a través de la ley de presupuesto o leyes especiales;
- c) Los ingresos por aportes, legados y donaciones de personas físicas y jurídicas;
- d) Los fondos no reintegrables provistos por organismos multilaterales de crédito, gobiernos extranjeros u organizaciones no gubernamentales.

Dicho fondo, de asignación específica, será destinado a la implementación de las actividades destinadas al cumplimiento de la presente ley y a las funciones específicas de las Unidades Ejecutoras de Análisis e Instrumentación de la Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas previstas en el artículo 18.

La autoridad de aplicación de la presente ley deberá informar pública y mensualmente sobre la aplicación y designación de los fondos previstos por el presente artículo. Asimismo deberá presentar un informe semestral al Congreso de la Nación y al Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina para ser presentado a las comunidades, pueblos y organizaciones indígenas en el ámbito de su Asamblea General.

Artículo 29º.- Deróganse los artículos 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 23.302.-

TÍTULO VII: DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 30º.- Autoridad de Aplicación.

En el marco de la Jefatura de Gabinete de Ministros, se constituirá dentro de los 30 primeros días de la sanción de la presente, el Consejo de Propiedad de los Territorios Comunitarios Indígenas (CPTCI), que será la Autoridad de Aplicación de la presente ley y contará con el mismo número de representantes indígenas y del Estado, quien se encontrará a cargo de garantizar el fiel cumplimiento de los principios y acciones derivados de la presente ley, contando para ello con las partidas presupuestarias correspondientes.

En un plazo no mayor a 90 días, contados a partir de la sanción de la presente ley, se constituirá en el ámbito de Congreso de la Nación la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Propiedad Comunitaria Indígena, la que contará con los fondos necesarios para su funcionamiento y estará integrada por Senadores, Diputados, miembros de la Auditoría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo de la Nación, del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina y del Consejo de Participación Indígena (CPI).

Artículo 31º.- Sostenimiento de la Emergencia en la propiedad indígena.

A los fines de garantizar el fiel cumplimiento de la presente ley, hasta tanto finalice el Relevamiento técnico, jurídico y catastral de la totalidad de las comunidades indígenas que lo requieran, se sostiene la Declaración de la Emergencia en materia de posesión y propiedad de los territorios que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas incluidas en el artículo 12; así como la suspensión en la ejecución de sentencias, actos procesales judiciales o administrativos, cuyo objeto fuere el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en la presente ley¹⁹.

Asimismo quedan también suspendidos los procesos penales promovidos contra integrantes de comunidades indígenas en base a la figura de usurpación, prevista por el artículo 181 del Código Penal de la Nación, cuando se tratare de situaciones de defensa o recuperaciones territoriales.

Artículo 32º.- Retardo en el relevamiento territorial.

En aquellos territorios cuya inscripción de dominio se encuentre a nombre del Estado Nacional, provincial o municipal, se tendrá por válida la delimitación de las tierras o territorios tradicionales propuesta por las comunidades indígenas una vez transcurridos 12 meses de iniciado el trámite correspondiente sin haberse finalizado²⁰.

¹⁹ Informe del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. James Anaya. 4 de julio de 2012: 89. “Dado los retrasos en el proceso de relevamiento bajo las Leyes 26160 y 26554, el poder legislativo debe contemplar la ampliación de los plazos de estas leyes más allá del año 2013. Del mismo modo, el Estado debe agilizar el proceso de relevamiento territorial y asegurar al INAI los recursos técnicos y financieros necesarios para finalizar adecuadamente el proceso. 99. El Relator Especial hace un llamado al Gobierno nacional, y especialmente a los gobiernos provinciales y a los tribunales, para que apliquen la letra y el espíritu de las Leyes 26160 y 26554 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”.

²⁰ Ley 23.302, Artículo 8 – “La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras conforme a las disposiciones de la presente ley y de las leyes específicas vigentes sobre el particular, de modo de efectuar sin demora la adjudicación a los beneficiarios de

En los territorios donde se le reconozca la posesión tradicional, actual y pública, en el marco de la ley 26.160, 26.554, 26.894 y 27.400, sobre tierras de dominio privado, el ente de aplicación deberá garantizar las gestiones necesarias para lograr los supuestos establecidos en el inciso “c” y “d” del artículo 11 de la presente ley.-

Artículo 33º.- Difusión de la ley.

Se dispone la divulgación obligatoria de la presente ley por todos los medios oficiales del país, así como su traducción a cada una de las lenguas indígenas existentes dentro de la República Argentina. En aquellos casos de que la lengua de un respectivo pueblo no pueda ser transcrita, la autoridad de aplicación dictará talleres en los territorios que garanticen la comprensión de la presente ley.

Artículo 34º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

María M. Odarda

FUNDAMENTOS

Señora Presidente:

El 14 de febrero de 2015 comenzó el acampe de la organización Qo.Pi.Wi.Ni en Avenida de Mayo y 9 de Julio. Esta organización nuclea a los pueblos Qom, Pilagá, Wichi y Nivaclé, comprendidos en la consigna “La tierra es nuestra vida”.

De este proceso de resistencia y petición a los tres poderes públicos, surgió el presente proyecto de Propiedad Comunitaria Indígena como una respuesta específica del Poder Legislativo ante el reclamo de seguridad jurídica sobre el territorio ancestral, arrebatado en sucesivas instancias por el Estado Argentino y por particulares que avanzaron sobre tierra indígena. Se tomaron como antecedentes los proyectos efectuados sobre el tema desde el Consejo de Participación Indígena a partir del año 2010, en que se dictara el decreto presidencial que creara una comisión al respecto con dicho fin.

Pese a la contundencia y claridad de los derechos consagrados en materia indígena, expresados en tratados internacionales ratificados por nuestro país, aprobados por leyes nacionales del Honorable Congreso de la Nación y reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas

tierras fiscales de propiedad de la Nación. El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos.”

sobre los derechos de los pueblos indígenas en su visita a la Argentina advierte la persistencia de “una brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación”. La relatoría expresó que: “se presentan una serie de problemas en relación con la implementación y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en relación con sus tierras y recursos naturales, el acceso a la justicia, la educación, la salud, y otros servicios básicos. En general, el Relator Especial observó la falta de una política adecuada que priorice y atienda la formulación e implementación de políticas públicas para efectivizar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la legislación nacional e instrumentos internacionales adheridos por Argentina”²¹.

En relación a la aplicación del Convenio 169 de la OIT, retomamos el apartado vinculado a la situación de las tierras del Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del mismo organismo realizado para Argentina en 2014, que contiene solicitudes concretas con miras a hacer efectivos los derechos contenidos en el Convenio: “Relevamiento y regularización de tierras. Suspensión de desalojos. El Gobierno insiste en sus memorias en que sólo cuando se sancione una nueva ley nacional se generarán las condiciones para la instrumentación efectiva —con sentido reparador— del reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que ocupan las comunidades indígenas identificadas. (...) La Comisión toma nota con interés que la ley núm. 26.894, publicada el 21 de octubre de 2013, otorgó una prórroga, hasta el 23 de noviembre de 2017, de la suspensión de desalojos hasta tanto se terminen los relevamientos establecidos por la ley núm. 26160. En la memoria recibida en noviembre de 2013, el Gobierno advierte que el Poder Judicial es el órgano encargado de evaluar si se encuentran probadas las condiciones para que se aplique la emergencia y la consiguiente suspensión de desalojos. Si se producen amenazas a los territorios indígenas, el Gobierno manifiesta su disposición a asegurar una presencia institucional y a promover mesas de diálogo con las autoridades provinciales y los sectores interesados. El Gobierno subraya que mediante el relevamiento territorial, desde 2003, viene dando cumplimiento al artículo 14, párrafo 2, del Convenio. La Comisión se remite a su solicitud directa y espera que el Gobierno incluya en su próxima memoria indicaciones actualizadas sobre las medidas adoptadas para superar las dificultades encontradas para completar el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena en el país (artículo 14)”²².

²¹ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/149/50/PDF/G1214950.pdf?OpenElement>

²² En una solicitud directa, la Comisión invita al Gobierno a que se presenten indicaciones detalladas sobre el relevamiento y regularización de tierras y determinadas situaciones planteadas por la aplicación del Convenio en las provincias de Formosa (comunidad Qom Navogoh La Primavera), Mendoza (Pueblo Huarpe Milcallac) y Neuquén (comunidad mapuche Paichil Antriao). Se invita al Gobierno a que responda de manera detallada a los presentes comentarios en 2015”

Este conflicto también fue señalado por la Relatoría de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas cuando expresa que “A lo largo del país, los tribunales han tendido a favorecer los derechos de propiedad privada de individuos o empresas por encima de las formas colectivas de propiedad indígena. Todavía existen pocos fallos que protegen los derechos de los pueblos indígenas. Varias comunidades han intentado acceder al sistema de justicia para obtener protección o reconocimiento legal de sus tierras, obteniendo resultados diferentes. En general, los pueblos indígenas enfrentan varias barreras para acceder a la justicia, incluyendo barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia. En particular, se ha reportado que la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e internacional sobre pueblos indígenas, principalmente respecto de los derechos a las tierras y los recursos naturales”²³. 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.

Este panorama señala la necesidad de una legislación específica para regular la propiedad comunitaria del territorio indígena, debido a que resulta innegable el hecho de que la mayoría de estos desalojos han ocurrido después de la entrada en vigencia de la Ley 26.160 de 2006. Se ha alegado que los tribunales no dan una adecuada consideración, e incluso desconocen por completo, los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la legislación vigente. Además, los tribunales de las diferentes provincias no aplican criterios comunes para la autorización de desalojos. Por ejemplo, a veces no reconocen a las comunidades indígenas inscriptas por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) en su registro nacional, ni toman en cuenta los resultados de relevamientos territoriales realizados.

Estas observaciones motivan que el presente proyecto de ley confirme el sostenimiento de la Declaración de la Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las

(el remarcado es del original). En relación a la disposición planteada por el Gobierno de asegurar una presencia institucional y en la promoción de mesas de diálogo encontramos que esto no se ha visto garantizado ni para el caso de la Comunidad La Primavera, ni para Paichil Antriao donde ambas comunidades tuvieron que recurrir al sistema de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano para intentar que se hagan efectivos sus derechos. Oit: Conferencia internacional del trabajo, 103a reunión. 2014. Pp. 599-600. Disponible en: acnudh.org

²³ En algunos casos, no hubo previo aviso a las comunidades afectadas, y los desalojos fueron dictaminados en procedimientos en que las comunidades no tuvieron la oportunidad de defensa. Existen casos en que los operativos de desalojo ocasionaron la destrucción de viviendas y propiedad, incluyendo animales de cría y cultivos, de miembros de pueblos indígenas”. Págs: 51, 52 y 54.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/149/50/PDF/G1214950.pdf?OpenElement>

comunidades indígenas, prevista en la ley 26.160 y sus prórrogas; así como la suspensión en la ejecución de sentencias, actos procesales judiciales o administrativos, cuyo objeto fuere el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en la presente ley.

La situación de emergencia, además, se sostiene en el Informe de la Auditoría General de la Nación que en su auditoría realizada al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, en 2010 afirmaba: “el Programa de Relevamiento Territorial ha logrado un escaso nivel de ejecución en sus tres primeros años de implementación, período fijado por la Ley 26.160. El porcentaje de ejecución calculado a partir de las CI (Comunidades Indígenas) presentadas (1470), asciende a 4,22% (62 carpetas Técnicas terminadas, a razón de una por CI relevada)”²⁴.

También motivan la continuidad de la emergencia los argumentos vertidos en el informe de ENDEPA de julio de 2013: “a seis años de la sanción de la ley 26.160 apenas una octavaparte del programa (de relevamiento territorial) ha sido cumplida (...). Las cifras son más impactantes si las sometemos a un análisis cualitativo y tomamos las provincias de más conflictividad con los pueblos indígenas como Salta, Jujuy, Formosa, Chaco y Neuquén, mencionadas en informes internacionales. En estas provincias está el 65 por ciento del total de comunidades indígenas del país y en ellas el programa de relevamiento solo se ha cumplido en un 4,11 por ciento. (...) En las provincias en donde el relevamiento es más urgente con el fin de proteger derechos en riesgo es precisamente en donde mayores deficiencias y demoras denota la acción del INAI”²⁵.

Si bien el Relator Especial reconoce el importante trabajo del INAI como órgano executor del relevamiento territorial, observa también “que la escasa asignación de presupuesto a esta institución obstaculiza seriamente su funcionamiento efectivo. Existe además una carencia preocupante de participación de los mismos pueblos indígenas en el desarrollo e implementación de programas y políticas del INAI”²⁶.

La particularidad del concepto de propiedad comunitaria indígena y la necesidad de una ley especial que la regule

La propiedad comunitaria es un derecho humano constitutivo para los Pueblos indígenas porque dependen del territorio para sobrevivir como tales. Su cosmovisión, su espiritualidad, su identidad está construida sobre esta relación. Si consideramos valiosa su existencia –tal como

²⁴ 2012; 20. Informe aprobado por resolución agn 83/12

²⁵ <http://endepa.org.ar/contenido/segunda-advertencia-de-endepa-sobre-la-ley-26160.pdf>

²⁶ Pág. 83. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/149/50/PDF/G1214950.pdf?OpenElement>

parece desprenderse de las leyes y normas constitucionales y de los propios instrumentos jurídicos internacionales— debemos arbitrar los medios necesarios para garantizar su existencia como sujetos colectivos²⁷ .

Resulta esencial, a la hora de comprender el verdadero status jurídico de las tierras y territorios que ocupan los pueblos y comunidades indígenas, recordar que la propiedad de los territorios indígenas se encuentra directamente reconocida por la Constitución Nacional. Dado que su artículo 75, inciso 17 es plenamente operativo, dicha operatividad se manifiesta, en este caso, como una INTERVERSIÓN del título que ostenta el estado nacional, provincial o municipal, en el sentido de que su única obligación es la regularización de ese dominio a nivel registral. Por tanto, el mismo texto constitucional establece que los inmuebles ocupados por indígenas pasan a ser bienes tradicionalmente incluidos en el patrimonio de las comunidades indígenas. La regularización lo es sólo en beneficio del propio estado, quien a raíz de la interversión dominial se muestra reteniendo una calidad registral que no tiene en la realidad del derecho, hallándose gravado, por lo tanto, con el deber de exteriorizar la realidad jurídica: la propiedad comunitaria indígena²⁸ .

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

²⁷ Silvina Ramírez. Propiedad comunitaria indígena / Fernando Kosovsky y Sonia Liliana Ivanoff. – 1a ed. - Comodoro Rivadavia: Universitaria de la Patagonia -EDUPA, 2015. pág. 14

²⁸ Conf. Dr, Agustín Pestalardo en dictamen al gobierno de Jujuy de enero de 1998 – Op.Cit. Pág 41.

²⁹ Op.Cit pág 44.

En diálogo con líderes de Qo.Pi.Wi.Ni, el qarashe de la Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh Félix Díaz describe este modo diferente, explicitando lo que abarca, desde su cosmovisión, el territorio y las implicancias cotidianas derivadas de una mirada integradora, que va más allá de lo estrictamente material: “El territorio no es sólo del ser humano. El ambiente sano es para el desarrollo de cada ser (...) Ahí está la espiritualidad. Por eso recuperar la espiritualidad es también respetar el espacio de los otros seres que viven en el monte, cuidándolo, porque necesitan ese territorio. (...) La manera de cuidar es una manera integrada, no se puede separar (...) porque el suelo sin su ambiente, no se puede concebir. El territorio es la herencia para el futuro; cómo se puede esperar que la gente tenga su espacio si no se cuida lo que envuelve al suelo. El territorio abarca todo lo que envuelve; para eso hay que cuidar el ambiente, no se trata solo del trabajo humano”.

“El territorio es donde nos desarrollamos habitualmente, donde hemos recuperado nuestras autoridades espirituales y donde existe un reconocimiento. El concepto de propiedad es limitado y erróneo: tiene otras características e intereses. En el proceso de reconstrucción de la identidad van a sumarse gente al pueblo que también va a necesitar territorio, tenemos que estar alertas a esto. El territorio es el respeto a las formas antiguas de organización y a nuestras autoridades”

Por qué la propiedad comunitaria indígena no puede ser considerada un Derecho Real

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

Para explicitar la esencia de los derechos reales, nuestro Código Civil definió históricamente a su principal objeto (las cosas) de esta manera “se llaman cosas en este código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor...” (antiguo art. 2311). Corresponde aclarar que los objetos inmateriales no son cosas sino bienes, y a ellos no les resultan aplicables los derechos reales. Sin embargo, el carácter que los pueblos indígenas brindan a su territorio no resulta meramente material y, contrariamente a lo que estipula el derecho civil, sus componentes no se hallan “dentro del comercio”.

El nuevo artículo 1882 del Código Civil y Comercial Unificado define que “El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las

demás previstas en éste Código”. Ratifica de ésta forma el contenido eminentemente patrimonial y de “persecución” sobre la “cosa” que nada tiene que ver con la cosmovisión indígena.

El rechazado artículo 1887 que proponía el proyecto de Reforma del mismo Código, pretendía forzar notablemente la idea de integrar a la propiedad comunitaria indígena con otros institutos del derecho privado que le eran por completo extraños, tales como la propiedad horizontal, los tiempos compartidos, los conjuntos inmobiliarios y hasta los cementerios privados. Decía el artículo propuesto: “Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad comunitaria indígena; d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo j) el uso k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda”.

Para los integrantes de los pueblos originarios el vocablo “tierra” no expresa la misma acepción que para la cultura occidental. En términos de nuestra concepción cultural, en función del criterio sentado por el derecho civil como “derecho real”, un simple pedazo de tierra no suele significar más que un objeto susceptible de un valor económico (“cosa”), y como tal, intercambiable por otros bienes o por dinero. Los indígenas, en cambio, hallan más representada su cosmovisión en el término “Territorio” puesto que el mismo corresponde al espacio necesario y esencial para el desarrollo y transmisión de su cultura ancestral. Allí es donde se encuentran sus raíces y donde toman sentido sus celebraciones religiosas. Allí también se encuentra su linaje familiar en función de que se hallan las tumbas de sus antepasados, razón por la cual es el sitio señalado por su cultura para su desarrollo personal, comunitario y espiritual.

Así lo explicitó Jorge Palomo, líder Wichi: “En el territorio está la identidad, la vida del pueblo indígena. El indígena cuando habla del territorio piensa en las generaciones que vienen, porque limitar la pertenencia al territorio es poner en peligro la parte cultural, la espiritualidad y sobre todo la vida. Porque de esa forma miramos. (...) La preocupación de los ancianos por el territorio, es porque tienen miedo de que las generaciones nuevas se queden sin identidad, sin lengua, sin cultura, sin espiritualidad. Ellos saben que un pueblo sin territorio es un pueblo ciego que no sabe dónde va. Volvemos a lo anterior: el territorio es su columna vertebral, porque sin eso no tiene más identidad, cultura, costumbres”.

Vale también decir que, en la cosmovisión indígena, el modo de poseer un territorio resulta absolutamente diferente al modelo de posesión derivado de la cultura europea dominante; es decir, la cultura que conformó los presupuestos filosóficos y fácticos de nuestro sistema jurídico formal y que alimentó el dictado de nuestros Códigos de Fondo, tales como los Códigos Civil y Penal. Así también parece

entenderlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2008, cuando en el caso de la comunidad “Eben Ezer” de la provincia de Salta dijo que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas “debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, derechos consuetudinarios, su vestimenta, filosofía y valores”³⁰.

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

El texto del artículo 2513 original, finalmente derogado por la reforma de 1968, iba mucho más allá, en cuanto establecía que “es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla”. Un carácter tan absoluto del derecho de propiedad permitía que Vélez, haciendo gala de la concepción liberal más extrema de aquella “Generación del ‘80”, explicara en su nota al citado artículo que “Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida...”.

Las definiciones de los pueblos indígenas sobre su territorio tienen un fundamento opuesto; remarcan la importancia de incluir en el territorio suelo, subsuelo, biósfera y espacio aéreo, entendiendo que el trabajo principal es preservar la Naturaleza para las futuras generaciones, teniendo siempre presente que no se la puede considerar un objeto. Sus concepciones van más allá de lo meramente cuantitativo; los seres y elementos de la naturaleza son cualitativamente indispensables para el sano desenvolvimiento de la vida. De acuerdo a las cosmovisiones indígenas, los seres humanos somos responsables pero no dueños exclusivos del territorio; tenemos derecho a cuidarlo pero no a destruirlo. Cuando el uso de lo que el derecho occidental reconoce como “recursos naturales” no respeta estas concepciones integrales, se produce un daño cultural irreparable para el sostenimiento de los estilos de vida arraigados a la madre tierra. Como afirma Jorge Palomo, “la debilidad de los pueblos hoy es consecuencia de que los pueblos hoy perdieron, debido a esos límites impuestos, esa conexión con el territorio y al perderlo, se perdió esa unión

³⁰ CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta – Ministerio de empleo y la producción s/ amparo” del 30 de septiembre de 2008, C.2124. XLI, p.4.

espiritual, el valor de la naturaleza, de la vida. (...) Pareciera que de a poco, en estos tiempos, esas imposiciones, debilitaron a las comunidades porque debilitaron a las individualidades.”

La propiedad comunitaria indígena tampoco se condice con un carácter exclusivo

Sin duda alguna, la posesión que ejercen las comunidades indígenas sobre su territorio, al que consideran sagrado, adopta formas sensiblemente diferentes a las reguladas por el Código Civil y los derechos reales en general, puesto que la propia espiritualidad inherente a la cosmovisión indígena, el carácter comunitario de sus culturas y espacios comunes, así como la especial relación de estos pueblos con su entorno natural, impide a sus miembros realizar una transformación masiva, forzada y lesiva de la naturaleza, lo que desestima la posibilidad de considerarlos “exclusivos”.

Por todo ello, no resultaba coherente ni apropiado reconocerle un carácter “exclusivo” a la propiedad comunitaria indígena, tal como lo pretendía el otrora proyecto de Reforma en su artículo 2032, donde refería que: “La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero”.

Sobre el particular nos aclara la actual Ministra de la Corte Suprema, Dra. Helena Highton de Nolasco: “la propiedad comunitaria reconocida a las comunidades no afecta el derecho a usar, gozar y disponer de una cosa, lo que varía es el modo de ejercicio. En este modo particular de ejercicio los comuneros se encuentran vinculados por lazos de solidaridad siendo cada uno de ellos dueños de la totalidad de la cosa, con las restricciones que impone la explotación comunitaria y las exigencias de la justicia social... Una propiedad tal debe poder perpetuarse como la comunidad a que ella sirve de donde la inalienabilidad y la indivisibilidad son las garantías de estabilidad y seguridad económica del grupo...”³¹

Durante el proceso de articulación de este proyecto de ley, los líderes indígenas remarcaron la importancia de los sitios sagrados, de los espacios de reserva de recursos, entendiendo que no se puede limitar el territorio al espacio de residencia; de acuerdo a sus prácticas culturales, este abarca regiones que, sin ser de uso cotidiano, resultan indispensables para sostener el estilo de vida, el patrimonio cultural de los pueblos, que son base de su identidad. Como explica el qarashé qom Félix Díaz: “reducir el territorio es para los pueblos indígenas, aceptar vivir encerrado, sin poder desarrollar su capacidad, sin poder desarrollar su cultura, ni su dignidad. Sin el territorio amplio, no se puede desarrollar la cultura propia”.

³¹ Helena Highton, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”.

Territorio es derecho a la tierra; derecho a tener un proyecto dentro de él; crianza de animales y siembra; newenes, remedios y plantas; comidas autóctonas; beber agua de una vertiente. Todo esto forma parte de nuestra cosmovisión.

“Todos tenemos razones y verdades. TERRITORIO ES:

- GEN KO: Fuerza del agua, río, mar. Fuerza o energía protectora de todas las aguas
- GEN KERUF: Fuerza del viento
- GEN MAWIZA: Fuerza del cerro y las montañas
- GEN LAWEN: Medicina
- GEN KULLIN: Fuerza de los animales
- GEN MENUKO: Pantano
- GEN WINKUL: Fuerza de las lomas
- GEN MAWUN: Fuerza de la lluvia
- GEN PIREN: Fuerza de la nieve
- GEN KACHU: Fuerza XXXX
- GEN PULLIN: Fuerza del espíritu. Del pulli venimos, al pulli vamos
- KUME FELEN: Vivir bien y respetar al otro. Todo nuestro ordenamiento.
- GEN AZ: Normas. Personería jurídica

GEN NEWEN: Fuerza del aire que llega hasta el universo

GEN MOGEN: Fuerza de nuestra cultura y nuestra identidad

Todos estos elementos deben encontrarse plasmados en la futura ley, incluyendo los conceptos filosóficos, espirituales y culturales de los pueblos indígenas. Es necesario descolonizarnos y volver a la noción de un derecho de posesión territorial colectivo y comunitario³².

³² Encuentro de Socialización, debate y análisis sobre el proyecto de ley de propiedad comunitaria indígena, Grupo coordinado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, Ing. Jacobacci, 10 y 11 de agosto de 2018.

La necesidad de una intervención del Estado en los casos de despojos históricos

Han resultado numerosos los casos en que, con la intervención o aquiescencia del Estado, las distintas comunidades y pobladores indígenas resultaron desalojados, o visiblemente estafados en su buena fe, por comerciantes o terceros inescrupulosos, quienes por otra parte han logrado el reconocimiento legal sobre dichos territorios indígenas con el aval de los funcionarios de tierras mientras que a los legítimos poseedores se los excluía, perseguía judicialmente y se los trataba de “usurpadores”.

En el mismo sentido, y al referirse a la relación de los pueblos con las industrias extractivas y agropecuarias, el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma que: “Relacionado con la inseguridad jurídica de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales puede mencionarse la existencia o promoción de proyectos de industrias extractivas y agropecuarias dentro o cerca de estas tierras. Argentina tiene una larga historia de extracción de los recursos naturales, pero debido en parte a la liberalización de leyes y políticas que regulan estas industrias durante los años noventa, el otorgamiento de concesiones por parte de las provincias ha aumentado considerablemente (...) A través de los años, los proyectos agropecuarios y de industrias extractivas existentes en Argentina han afectado a un conjunto de derechos de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos a sus tierras y recursos naturales, así como sus derechos a la alimentación, la salud, y el desarrollo, entre otros”³³. Así lo expresa también el qarashe Félix Díaz, luego de dar cuenta de numerosos casos en que el avance de la actividad extractivista y el monocultivo depredaron los territorios indígenas: “El campo es como un cuenco. Si una zona cultiva y contamina, eso después se mezcla con el agua y contamina todo: los animales huyen cuando sienten esa contaminación y la gente se pregunta y desconoce, sigue consumiendo esa agua contaminada sin darse cuenta. (...) Entonces, es un genocidio invisible, que no abarca solo a las personas sino también a los animales, las plantas, el agua de ese espacio”.

Tales situaciones deben resultar investigadas y revertidas por los organismos competentes en la materia y, en aquellos casos en que se detectaren situaciones de lesión enorme o subjetiva, usurpación u otros vicios de la posesión y/o adquisición del dominio en perjuicio de las comunidades indígenas que hubiere implicado su despojo; será el propio Estado quien deba promover una investigación por parte de la Fiscalía de Estado, la que arbitrará los medios para realizar las

³³ Pag. 7. 36 y 38. <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DEFINITIVO-ARGENTINA.pdf>

gestiones administrativas o judiciales correspondientes para su restitución, o su correspondiente compensación, cuando no fuere posible su restitución.

Del mismo modo, corresponde brindar una solución en los supuestos de desalojos de comunidades indígenas realizados en virtud de órdenes judiciales que hubiesen vulnerado los principios vigentes en materia de derecho de los pueblos indígenas al territorio, y en aquellos desalojos derivados de vías de hecho por parte de particulares, que resultaren consolidadas ante la inacción del Estado para garantizar dichos derechos³⁴.

Llegado el caso, y si no existiere otro método acorde para la restitución, el Poder Ejecutivo debe promover el mecanismo de la expropiación a realizarse por cada jurisdicción competente.

Dada la deuda histórica existente por parte del Estado argentino para con los pueblos indígenas, es justo que sea el mismo Estado quien deba poner en funcionamiento todos los mecanismos existentes a su alcance a fin de reparar las graves violaciones a los derechos humanos observadas por los integrantes de los pueblos indígenas que hayan sido realizadas con su colaboración o aquiescencia; observando para el caso el mismo criterio que resultara aplicable, con justa razón, en todas las reparaciones relacionadas con la última dictadura militar.

La obtención de la personería jurídica de las Comunidades no puede constituir un requisito para el reconocimiento de la Propiedad Comunitaria Indígena

En tanto se trata de entidades reconocidas constitucionalmente como preexistentes al Estado nacional argentino (art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional), al dar tratamiento a las personerías jurídicas de las comunidades y organizaciones de los pueblos indígenas debemos considerar que nos hallamos en presencia de institutos que pertenecen a la esfera del derecho público no estatal, debiendo extremar las consideraciones si pretendemos regularlos conforme lo establece la Constitución Nacional.

El rechazado artículo 18 del proyecto de reforma del Código Civil proponía que “Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de

³⁴ Idem “En diferentes zonas del país, los pueblos y comunidades indígenas han perdido parte de sus territorios poseídos ante el avance de la frontera agropecuaria y diversos emprendimientos productivos. Además, los desmontes que se han sucedido han provocado una grave pérdida de fuentes de supervivencia de distintas comunidades. Del mismo modo, también son conocidos los casos de emprendimientos turísticos que desplazaron a pueblos y comunidades indígenas y procedieron a alambrarlas para impedir el acceso de los pueblos y comunidades indígenas. En estos casos, en la medida que el vínculo de los pueblos y comunidades indígenas se mantenga con los territorios perdidos, el proyecto debería prever un procedimiento conforme los estándares fijados por el SIDH y no limitarlos exclusivamente a los supuestos de lesiones subjetiva y/o vicios de la posesión”.

sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código”. Sin embargo, esa misma Personería Jurídica Comunitaria de Derecho Indígena que aparecía como requisito previo para la confección de los títulos comunitarios, adopta formas y caracteres diferenciales que ameritan un capítulo aparte, dado que hoy el reconocimiento de la Personalidad Jurídica obedece también a una deuda histórica que mantiene el Estado Nacional Argentino para con los pueblos indígenas, luego de haber procedido durante siglos a su persecución, desintegración y asimilación.

Resulta esencial señalar que, en función de la misma noción de preexistencia que hoy reconoce el nuevo texto constitucional a favor de los pueblos indígenas, la inscripción que realiza el Estado de las distintas comunidades no cuenta, en manera alguna, con un carácter constitutivo, como sí sucede con las demás figuras establecidas en el Código Civil y que obedecen a una lógica típica del derecho privado, dado que todos los pueblos indígenas existen desde un tiempo muy anterior a la conquista de América y a la conformación de los estados nacionales.

Por tanto, el reconocimiento que el Estado realice respecto de las comunidades y organizaciones indígenas al registrar su Personería Jurídica, tendrá un carácter meramente declarativo, limitándose, para el caso, a constatar su existencia y a inscribirlas, no contando para ello con ninguna discrecionalidad en cuanto no podrá juzgar el tipo de organización que se brinden ni sus reglas internas, tal como sí sucede cuando se inscribe una sociedad comercial, una Cooperativa, un Consorcio de Copropietarios, una Fundación o una Asociación Civil.

Es por esto que el presente proyecto se limita a habilitar un registro especial dentro del Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI), o dentro de las diferentes jurisdicciones provinciales que han celebrado un convenio al respecto, para que tanto las comunidades indígenas actualmente reconocidas como las preexistentes, puedan ser debidamente inscriptas con un carácter meramente declarativo, incluyendo también a aquellas comunidades y organizaciones que hayan iniciado, o inicien, su trámite de inscripción y aún teniendo pendiente su aprobación definitiva.

La ley 23.302 sobre “Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes” ya era clara al respecto en 1985, cuando en su artículo 2 expresaba: “A los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país”. Por tanto, la técnica jurídica empleada por el Estado a fin de inscribir la Personería Jurídica de una comunidad indígena debe ser de la “constatación” y no la de la “concesión”, razón por la cual el reconocimiento de su existencia por cualquier acto público permitirá a la Comunidad disponer de Personalidad Jurídica³⁵.

³⁵ Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy en autos “Comunidad Aborígen Laguna de Tesorero – Pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo”, en su sentencia del 27 de diciembre de 2005.

Sin embargo, el fallido artículo 29 del proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial proponía que si no había persona jurídica registrada no podría existir éste tipo de título: “El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.” Reafirmaba el mismo concepto en el artículo 2031 del proyecto, a través del cual exigía que “En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.”

Consideramos errónea esta forma de considerar al “título comunitario” en cabeza de las comunidades indígenas, toda vez que supeditaba un derecho constitucionalmente consagrado al reconocimiento de una personería jurídica que debían inscribir organismos estatales que históricamente los han desplazado y discriminado, o que cuentan, las más de las veces, con intereses contrapuestos. Tal es el caso de provincias como las de Neuquén, donde un importante número de comunidades esperan ser “reconocidas” por el estado provincial y donde se buscan realizar o autorizar a privados distintas explotaciones de recursos naturales sobre sus territorios sin tener que rendirles cuenta alguna de su accionar ni habilitar ningún proceso de consulta a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

De esta forma, se pretendía configurar al dominio comunitario indígena desde un sentido puramente documental o formal, como un supuesto instrumento externo probatorio del dominio, desconociendo para el caso el carácter de causa legítima de transmisión o adquisición del derecho constitucionalmente reconocido que representa, sin lugar a dudas, la posesión tradicional de las comunidades indígenas³⁶.

La consulta a los pueblos indígenas como basamento ineludible en la relación con el Estado.

Cada vez que se prevea la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, tal como sucede con el reconocimiento de una determinada Propiedad Comunitaria y los alcances de la misma, constituye una obligación para el estado establecer un proceso de consulta, entendiendo como tal al procedimiento que tiene por objeto establecer un diálogo intercultural entre los pueblos indígenas y el estado, con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado.

Corresponde al Estado el garantizar los medios económicos que resulten necesarios para la realización de dichos procesos de

³⁶ CORTE IDH: “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs/ Paraguay”, en su sentencia del 29 de marzo de 2006.

consulta, permitiendo el acompañamiento y asesoramiento a las comunidades por parte de los profesionales y técnicos de su confianza. Si bien podrán realizarse audiencias públicas en relación con las distintas evaluaciones de impacto ambiental o de reconocimiento de una determinada Propiedad Comunitaria Indígena, las mismas no liberan al estado de su obligación de realizar el correspondiente proceso de consulta para la obtención del consentimiento previo, libre e informado.

Dentro de los principios que deberán observarse para brindar validez a todo proceso de consulta con un pueblo indígena, el estado deberá respetar en particular los de oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad en los procedimientos, plazo razonable, información adecuada y exhaustiva, confidencialidad, igualdad entre las partes, reconocimiento a la representatividad indígena, equidad de género, ausencia de coacción y respeto por la madre tierra.

Tales principios, establecidos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos respecto a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, regulan “el mecanismo que debe realizar el Estado porque se trata de un mecanismo de formación de la voluntad política colectiva, no un mecanismo de derecho privado entre una comunidad y la empresa. Y este carácter previo a la decisión tomada por el Estado es fundamental para el establecimiento de una verdadera comprensión de lo que es el derecho a la consulta” afirma el especialista Juan Manuel Salgado, en un debate público impulsado por la Comisión de Población y Desarrollo Humano del Senado de la Nación sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos originarios.

“No se agota obviamente en la mera información, no se agota en presentar a las comunidades cuáles son los planes del Estado. Debe ser un proceso de buena fe tendiente a generar un consenso y lograr que los pueblos y comunidades expresen su consentimiento libre e informado acerca de la decisión. Debe ser adecuado en el sentido de que debe ser a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Las instituciones representativas son las propias que cada pueblo o cada comunidad tiene para elaborar sus procesos de decisión colectiva. Cuando se dice que el Consejo de Participación Indígena que funciona en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas es un mecanismo de participación y consulta, esto no es así, en tanto el Consejo de Participación Indígena es una institución representativa del propio estado y en la práctica y en la experiencia las comunidades y los pueblos, los representantes del consejo de participación se eligen de un modo similar a como el estado elige a los embajadores; es decir, para que hablen, escuchen y traigan la

información; las decisiones se toman en el ámbito comunitario o en el ámbito de cada pueblo”³⁷ .

En idéntico sentido, se expresó la Relatoría de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas cuando entendió que “a pesar del acompañamiento que ha dado el Consejo de Participación Indígena (CPI) al proceso de relevamiento, las poblaciones indígenas han señalado la falta de adecuada participación indígena en el programa nacional de relevamiento, y que el proceso de selección de los representantes indígenas en los CPI no es de acuerdo con los procesos tradicionales de las comunidades”³⁸ .

En el mismo sentido y reforzando la importancia de la consulta realizada en tiempo y forma, se reconoce y valora el carácter indispensable de la participación de los ancianos. Reafirma Jorge Palomo, líder Wichi: “los ancianos ya tienen en su mente su territorio ancestral. Pueden hacer un mapeo, porque tienen la imagen abstracta del territorio, saben dónde está cada cosa. Por eso cuando hay desmonte lo saben, saben hasta dónde se puede llegar a recorrer y saben dónde están los restos humanos. Los ancianos de hoy saben los límites de su territorio, y saben también que antes no tenía límites, podían por ejemplo para cazar recorrer el territorio por semanas. Hoy reconocen los límites que hay y cuando van a buscar algo, saben claramente a donde ir. (...) Por eso lo que tiene que hacer el indígena hoy es pedir que se respete el territorio, porque del territorio depende su identidad. Por eso en este proceso es tan importante la consulta previa, libre e informada, incluyendo a toda la comunidad, no solo a los referentes que elige el estado (...) antes de hacer un proyecto, o una intervención, el estado nos tiene que consultar”.

Salgado explica esta inevitable colisión entre la concepción del INAI que “toma al consejo de participación indígena como si fuera el parlamento de representantes de los pueblos indígenas. Esto ha generado enormes dificultades, entre ellas los grandes conflictos que ocasionó la malograda redacción de los artículos del Código Civil en relación a los pueblos indígenas. La consulta además debe ser sistemática, transparente, continuada en el tiempo. Debe ser financiada por el estado, no puede ser una consulta asimétrica donde el estado tenga todos los técnicos, tenga todo el conocimiento y no facilite a las comunidades o a los pueblos los recursos para tener los técnicos y para elaborar la información que se le da. Y debe tener un carácter amplio a todas las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas. Por eso la OIT ha señalado que el mecanismo de

³⁷ Salgado, Juan Manuel, Versión taquigráfica de la Comisión de Población y Desarrollo Humano del Senado de la Nación, agosto de 2015.

³⁸ <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DEFINITIVO-ARGENTINA.pdf>

consulta y participación permanente son la piedra angular del convenio 169 de la OIT; es decir, el punto a partir del cual hay que comprender toda la estructura de los derechos de los pueblos indígenas. Y esto implica, sobre todo en los ámbitos y en las provincias y en las localidades donde la presencia indígena es importante y, en muchos casos, mayoritaria, una reforma completa de los mecanismos de decisión estatal”³⁹.

En concordancia con este espíritu de allanar la conflictividad existente es que esta propuesta normativa es muy específica respecto a los principios necesarios en cuanto a consulta previa, libre e informada para la correcta aplicación de una regulación en materia de propiedad comunitaria indígena.

Resulta ilustrativa la postura asumida por el doctor Roberto Gargarella respecto a la interpretación de la consulta: “Merece leerse la idea de consulta de un modo muy exigente y con una presunción en contra de lo que ha estado haciendo el Estado, que tiene un deber especial de cuidado respecto de qué movimiento realizará para no seguir violando derechos; y, por otro lado, para que el estado de cosas no se mantenga de modo tal que se continúe la violación de derechos. En la actualidad el estado de cosas, aun si no se hace nada, se genera violación de derechos. ¿Por qué? Porque el Estado, con su práctica anterior, ha contribuido a situar en una situación de desventaja a ciertos grupos. Entonces, tiene ese deber de remedio; y por eso es que debe leerse la cláusula de consulta con una mirada muy crítica, con una presunción muy fuerte contra el Estado y con la obligación muy fuerte sobre lo que debe hacer el Estado a la hora de consultar. Esto va en contra de una lectura liviana, que es la que han sugerido muchas cortes y la que han sugerido en muchas prácticas, sobre lo que significa el derecho de consulta”⁴⁰.

El proceso de reconocimiento y reapropiación del manejo íntegro del territorio por parte de los pueblos y las comunidades, no concluye cuando su Propiedad es reconocida; es indispensable que sus referentes sean parte activa en la instrumentación y el control de la ley. La consulta no termina cuando se reconoce la Propiedad Comunitaria Indígena del territorio sino que se continúa para definir los proyectos que se llevarán a cabo en el mismo, las decisiones sobre su manejo, el diálogo general con el Estado y lo que éste proponga a fin de garantizar, a través de su presencia, que el reconocimiento de los derechos colectivos no arriesgue los derechos individuales sobre cuyo respeto y garantía tiene plena responsabilidad (ejercicio de la ciudadanía, salud, educación, seguridad). La presencia de

³⁹ Salgado, Juan Manuel, “Tierras y Territorios Indígenas”, Dossier Propiedad Comunitaria Indígena, Editorial Universitaria de la Patagonia, abril 2015.

⁴⁰ <http://eventos.senado.gov.ar:88/14769.pdf>

representantes de los pueblos en las Unidades Ejecutoras y en los organismos de control de la ley viabiliza el carácter permanente de esta deliberación y participación.

En base a ello, corresponde brindar al instituto de la Consulta dentro de la presente ley, una entidad acorde en relación con la importancia del mismo, otorgándole un Título por separado (Título II), entendiendo con ello que los procesos de consulta deben constituir el inicio de cualquier iniciativa o modificación administrativa o legislativa que el Estado pueda proponer a las comunidades, atento el hecho de que se trata de uno de los elementos más necesarios, democráticos y representativos de las culturas indígenas.

DESDE EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Respecto de la normativa internacional vigente en nuestro país, resulta ilustrativo traer a colación las palabras del Dr. Juan Manuel Salgado, quien realizó un pormenorizado análisis respecto de los instrumentos internacionales suscritos por la Argentina y de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas en particular al reconocimiento de la propiedad de los territorios comunitarios indígenas:

“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 Nro. 169 de la O.I.T. a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención”⁴¹ .

“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 registro”⁴² .

⁴¹ Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafo 117. La referencia es al Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso Nacional en nuestro país mediante ley 24.071 y ratificado en el año 2000.

⁴² Caso “Comunidad Mayagna Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafos 148 y 151.

“Este criterio reiterado en varios fallos fue resumido del siguiente modo:

“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;

4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las Comunidades Indígenas;

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

6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los Pueblos Indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio;

7) el Estado debe garantizar el derecho de los Pueblos Indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y

8) el Estado debe garantizar el derecho de los Pueblos Indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales.”(Caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”, párrafo 117).

Se señaló además que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de Pueblos Indígenas para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra, y que la falta de una delimitación y demarcación efectiva de los límites del territorio puede crear un clima de incertidumbre permanente que se contradice el principio de seguridad jurídica (Idem, párrafos 117, 118 y 119)”.

POSESIÓN TERRITORIAL

“También se ha aclarado que la referencia a la “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 (Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, párrafo 149). 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 ésta ‘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 sólo 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” (Caso 10 “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, párrafo 120). Por su parte la Comisión Interamericana interpreta que el derecho de propiedad incluye “el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes”⁴³.

“Con respecto a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo, la Corte Interamericana ha tomado en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena de que se trate y de las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”⁴⁴.

“Al determinar que la Convención Americana protege los derechos de los Pueblos Indígenas a la propiedad de las tierras que ocupan e

⁴³ CIDH, Informe 75/02 “*Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*”, 27 de diciembre de 2002, párrafo 130.

⁴⁴ Caso “*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*”, párrafo 131. Idéntico criterio se siguió en el caso “*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*”, párrafo 112.

incluso de aquellas de las que fueron despojados, la Corte Interamericana consideró la situación de los casos en que estos derechos puedan colisionar con particulares, quitando la solución del ámbito del derecho privado en donde los Estados (tal como ocurre aquí) suelen plantearla pues “la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares”⁴⁵.

“La Corte Interamericana trató extensamente la cuestión y a ella se remitió en los fallos posteriores. Allí sostuvo que “tanto la propiedad privada de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”. “Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”⁴⁶.

“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. “Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista, en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21 de la Convención (Párrafo 148. Recientemente y después de largas gestiones el parlamento de Paraguay sancionó la ley de expropiación que favorece a las comunidades que demandaron la restitución de tierras ante la Corte Interamericana).

PRINCIPIOS BÁSICOS EN RELACIÓN A TIERRAS - TERRITORIOS INDÍGENAS

“En síntesis, los principios básicos establecidos en las normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en

⁴⁵ Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, párrafo 136.

⁴⁶ Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 143 a 156.

relación a las Tierras y Territorios Indígenas pueden resumirse del siguiente modo:

- La cultura de los miembros de las Comunidades Indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque forman parte de su cosmovisión, religiosidad y por ende, de su identidad cultural⁴⁷.
- La posesión tradicional indígena sobre sus tierras tiene los mismos efectos que el título de propiedad y obliga a los Estados a su reconocimiento y a su demarcación, delimitación y titulación.
- El concepto de posesión tradicional se desprende del propio derecho consuetudinario indígena y abarca las versiones específicas de uso, usufructo y goce de los bienes, dadas por la cultura de cada Pueblo.
- Los Pueblos Indígenas que por causas ajenas a su voluntad han perdido total o parcialmente la posesión de sus tierras tradicionales tienen derecho a recuperarlas mientras se mantenga la relación material y espiritual con ellas.
- Los conflictos entre los derechos de los Pueblos Indígenas y los derechos de particulares deben ser resueltos por los Estados mediante el pago de justas indemnizaciones, atendiéndose a que la especial relación que mantienen los Indígenas con sus tierras sobrepasa el mero interés económico”.

“FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS REFERIDOS A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (5 de febrero de 2018)
- Caso de Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (25 de noviembre de 2015)
- Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (8 de octubre de 2015)
- Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (8 de octubre de 2015)

⁴⁷ Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, párrafo 135 y caso “Pueblo Saramaca vs. Surinam”, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 120.

- Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (14 de octubre de 2014)
- Caso de las Comunidades afro descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (20 de noviembre de 2013)
- Caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012)
- Caso de la Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay (24 de agosto de 2010)
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (12 de agosto de 2008, sentencia de interpretación)
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007, sentencia de fondo)
- Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (29 de marzo de 2006)
- Caso Yatama vs. Nicaragua (23 de junio de 2005)
- Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (17 de junio de 2005)
- Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (15 de junio de 2005)
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (31 de agosto de 2001)”.

Fdo: Juan Manuel Salgado. Ex asesor de ENDEPA, Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Profesor de Filosofía del Derecho Univ. Nac. de la Patagonia San Juan Bosco, Defensor Público Penal en Trelew, Chubut, Ex Decano de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales Univ. Nac. Del Comahue, Ex Juez Penal Pcia. Neuquén, Ex Fiscal Federal.

En virtud de todo lo expuesto, solicitamos de nuestros pares la aprobación del presente proyecto de ley, convencidos de que el mismo contribuirá inequívocamente en mejorar nuestro nivel de calidad institucional, así como en la consecución de una sociedad más justa y respetuosa de los derechos de los Pueblos Indígenas, quienes vienen preexistiendo a la creación del mismo Estado Argentino y esperando el presente reconocimiento desde la sanción de la reforma constitucional de 1994.

María M. Odarda