

(S-0691/17)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 17 de Marzo de 2017

Señora Presidente del Honorable Senado de la Nación

Lic. Gabriela Michetti

S _____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Me dirijo a usted a efectos de solicitarle tenga a bien arbitrar los medios pertinentes para la reproducción del expediente S-4036/15 PROYECTO DE LEY ESTABLECIENDO EL SISTEMA DE INSTRUMENTACION DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA, de mi autoría.

Sin otro particular, la saludo atentamente.

María M. Odarda.

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

TÍTULO I: NORMAS GENERALES

Artículo 1°.- Objeto. La presente ley establece el sistema de instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena dentro del ámbito de la República Argentina, conforme lo disponen el artículo 75, incisos 17 y 19 de la Constitución Nacional, el 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 18 del Código Civil y Comercial de la Nación y demás normas concordantes¹.

Artículo 2°.- Concepto de Propiedad Comunitaria Indígena. La Propiedad Comunitaria Indígena es un derecho autónomo, de carácter colectivo y de fuente constitucional.

Constituye un derecho humano y es el fundamento jurídico para definir el territorio, base de la subsistencia material y espiritual de los Pueblos Indígenas, de su reproducción, desarrollo socio cultural y de su

¹ Convenio 169, OIT: “Artículo 13. 1. “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la

identidad para su buen vivir. Es compatible con los regímenes jurídicos de derechos humanos y de ordenamiento territorial y ambiental.

La Propiedad Comunitaria Indígena respeta e incluye la noción de Territorio, considerando al mismo como el espacio físico y espiritual dentro del cual se desarrolla y reproduce la vida y la cultura de cada pueblo indígena; se desenvuelve su cosmovisión, sus costumbres, usos, prácticas, valores y conocimientos; permitiendo el desarrollo de su propio proyecto cultural de vida.

Artículo 3º.- Caracteres. La Propiedad Comunitaria Indígena es de administración autónoma, indivisible, imprescriptible, inembargable, inenajenable, inarrendable a terceros e insusceptible de gravámenes.

La Propiedad Comunitaria Indígena queda expresamente excluida 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.

Podrá ser objeto de otros actos jurídicos en tanto así lo decida la comunidad y no se desvirtúe el carácter de la presente ley ni la finalidad del reconocimiento constitucional³.

La presente ley es de orden público y sus contenidos resultan aplicables en toda la República Argentina, sin perjuicio del carácter más protectorio de los derechos de los Pueblos Indígenas que pudieran establecer las legislaciones provinciales.

Artículo 4º.- Alcance de la propiedad Comunitaria Indígena. La propiedad comunitaria indígena incluye la tierra y los territorios que las Comunidades tradicionalmente 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.

La propiedad comunitaria indígena integra la superficie, el subsuelo, la biósfera y el espacio aéreo inmediatamente ubicado por encima del territorio comunitario indígena. La comunidad sostiene su integridad y

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”.

cuenta como elementos constitutivos de su territorio a las aguadas, zonas de agricultura y crianza de animales, sitios de asentamientos e itinerarios tradicionales de caza y recolección, cementerios, lugares sagrados y toda otra forma de uso de dicho territorio conforme su cultura y sus costumbres⁴.

Artículo 5º.- Tierras aptas y suficientes. Dispóngase, cuando corresponda, la adjudicación en propiedad comunitaria de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, a las comunidades indígenas existentes. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, de no ser posible, 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 y la autoridad administrativa dará curso a tal pedido conforme a los principios establecidos en la presente ley⁵.

⁴ 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”

⁵ 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”;

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”.

Artículo 6º.- Titularidad de Propiedad Comunitaria Indígena. La titulación de la propiedad comunitaria indígena podrá instrumentarse a favor de una o más Comunidades Indígenas o de una o más Organizaciones de Pueblos Indígenas, con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan en base a un proceso de Consulta Libre, Previa e Informada.

Artículo 7º.- Protección de los Sitios Sagrados Indígenas. Declárese la intangibilidad de los sitios sagrados correspondientes a los pueblos indígenas existentes dentro del territorio argentino, los que serán denominados en lo sucesivo “Áreas de Protección Cultural Indígena” e incluirán los lugares ceremoniales, religiosos y culturales, sus accesos y entornos necesarios para el culto.

a).- El estado argentino asume la obligación de mantener y proteger las Áreas de Protección Cultural 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 Organizaciones Representativas de los pueblos indígenas existentes en la República Argentina.

b).- Se establece el plazo de 2 (dos) años a partir de la sanción de la presente para finalizar el relevamiento de todas las Áreas de Protección Cultural Indígena existentes dentro del territorio argentino, el que será realizado por equipos técnicos interculturales propuestos por la Autoridad de Aplicación de la presente ley y por las Organizaciones Representativas de los pueblos indígenas de cada región.

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 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 Indígena se correrá vista a la Autoridad de Aplicación de la presente ley y a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, 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.

Artículo 8º.- Proyectos de Desarrollo. El Estado que ejerza jurisdicción sobre un determinado territorio indígena deberá respetar las prioridades y estrategias que para su desarrollo establezcan cada Comunidad u Organización Indígena. A tales fines garantizará la realización de Procesos de Consulta con cada comunidad u organización para obtener, o no, su Consentimiento Libre, Previo e Informado respecto de cualquier proyecto de desarrollo que pudiera afectarles en su territorio o recursos⁶.

Artículo 9º.- Proceso de Consulta. A los fines de la presente ley se entiende por Proceso de Consulta al procedimiento que tiene por objeto establecer un Diálogo Intercultural entre los Pueblos Indígenas y el Estado, con el fin de obtener el Consentimiento Libre, Previo e Informado de aquellos respecto de cualquier medida legislativa o administrativa que pudiera afectarles.

Todo Proceso de consulta incluirá las siguientes etapas, debiendo 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;

⁶ 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”.

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 quienes resulten 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.

Las Audiencias Públicas vinculadas a los procesos de Evaluación de Impacto Ambiental o al reconocimiento de una determinada Propiedad Comunitaria Indígena no liberan al Estado de la obligación de realizar el correspondiente Proceso de Consulta para la obtención del Consentimiento Libre, Previo e Informado.

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, confidencialidad, igualdad entre las partes, reconocimiento a la representatividad indígena, equidad de género, ausencia de coacción y respeto por la madre tierra⁷.

Artículo 10^o.- Terminología. A los fines de la presente ley se considera:

Consentimiento: Es la expresión de la voluntad colectiva de los Pueblos Indígenas, realizada conforme a su cosmovisión particular,

⁷ *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”.

respecto de la aprobación, o no, de la realización del objeto de la consulta. Su adopción es por consenso, sólo en caso de ausencia del mismo las comunidades podrán acordar en asamblea la posibilidad de votar o definir por mayoría.

Libre: El proceso de consulta deberá desarrollarse garantizando a los miembros de las comunidades libertad plena para decidir, sin condicionantes, manipulaciones, ni coacciones. Debe garantizar la seguridad para todos los participantes independientemente de su decisión.

Informado: la información referida al objeto de la consulta debe ser adecuada, suficiente, completa, detallada y constante, presentada de forma pública y previa al avance de cualquier actividad e incluir ventajas y desventajas. Debe contar con traducción a la lengua de la comunidad involucrada, y ser presentada en tiempo suficiente para su estudio.

Artículo 11º.- Modos de constitución de la Propiedad Comunitaria Indígena. La Propiedad Comunitaria Indígena podrá ser constituida:

- a) Por reconocimiento de los estados nacional, provincial o municipal, según la jurisdicción aplicable, cuando se trate de tierras fiscales;
- b) Por cesión, donación, adquisición o sentencia judicial cuando se trate de tierras a nombre de titulares privados;
- c) Por expropiación.

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, 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 o judiciales correspondientes para su restitución, o su compensación cuando no fuere posible su restitución. Cuando resulte necesario, se solicitará al Poder Legislativo de la jurisdicción, el uso del mecanismo de la expropiación⁸.

⁸ 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

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 las comunidades deban ser reubicadas, el Estado garantizará que lo sean en tierras que resulten equivalentes, tanto en calidad como en cantidad, respecto de las que venían ocupando tradicionalmente.
- b) Tendrán preferencia para ser adjudicatarias las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; o cuando se trate de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose para el caso a quienes formen parte de grupos familiares.
- c) Las comunidades rurales que tengan comprometido su sustento, reproducción o desarrollo de acuerdo a sus prioridades, deberán contar con otras tierras accesorias a las que tradicionalmente vienen ocupando.
- d) Cuando las comunidades urbanas requieran de sitios especiales para la realización de sus prácticas culturales y ceremoniales, contarán con espacios comunes destinados a los mismos⁹.

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”.

⁹ 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

Artículo 14º.- 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 los demás Códigos Nacionales o Provinciales, la interpretación legal será en el sentido más favorable a los principios de la Propiedad Comunitaria Indígena.

TÍTULO II: INSTRUMENTACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Artículo 15º.- Inscripción declarativa en el RENACI. A los fines del cumplimiento de la presente ley, las Comunidades u Organizaciones Indígenas, 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. Quedan incluidas aquellas comunidades y organizaciones que hayan iniciado, o inicien, el trámite de inscripción en alguno de los mencionados Registros y cumplieren con los requisitos establecidos, aun teniendo pendiente su aprobación definitiva. La autoridad de aplicación deberá otorgar en cada caso la certificación correspondiente.

Artículo 16º.- Gratuidad de los procedimientos. La totalidad de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a la obtención del reconocimiento de la Propiedad Comunitaria Indígena son gratuitos. Los planos de mensura y títulos de propiedad serán otorgados sin costo alguno para las comunidades y organizaciones por parte del Estado, encontrándose todo el procedimiento exento de sellados, tasas o gravámenes.

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”

Artículo 17º.- Reconocimiento de la Propiedad Comunitaria Indígena. La Autoridad de Aplicación de la presente ley, ante el pedido de una o más Comunidades Indígenas u Organización de Pueblos Indígenas, dictará un acto administrativo que reconocerá la posesión comunitaria en el marco del Relevamiento técnico, jurídico y catastral 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.

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 libre, previo e informado del Pueblo Indígena de que se trate, de acuerdo a la reglamentación.

Artículo 19º.- Impugnación judicial. Las Comunidades u Organizaciones Indígenas solicitantes y demás partes legitimadas 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 según corresponda, de acuerdo a las reglas de competencia.

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.

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 ONU¹⁰.

Artículo 20°.- Unidades Ejecutoras de Análisis e Instrumentación. Créanse las UNIDADES EJECUTORAS DE ANÁLISIS E INSTRUMENTACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA. La Autoridad de Aplicación de la presente ley convocará a la conformación de las mismas, las que funcionarán en la jurisdicción de cada una de las provincias. Se encontrarán integradas por representantes de organismos nacionales y provinciales competentes en la materia, así como por un número igual de representantes de los Pueblos Indígenas involucrados.

El INAI pondrá a disposición de dichas unidades las cartografías 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 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 competentes¹¹.

¹⁰ 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.

¹¹ 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, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

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 indígenas a través de un concurso público de exposición y antecedentes.

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

Artículo 22º.- Homologación y registración. Cualquiera fuere el modo de constitución de la propiedad, el estado nacional o provincial tendrá a su cargo la homologación de la propiedad comunitaria indígena a través de sus organismos competentes, previo a la registración del título.

Artículo 23.- Registración Catastral. Ordénese a los organismos catastrales de cada jurisdicción registrar la ubicación georreferenciada 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 y 26.894.

Artículo 24º.- 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° 20 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° 21 y la verificación del cumplimiento del objeto, ejercicio, caracteres y finalidades de la propiedad comunitaria indígena en jurisdicciones provinciales.

Artículo 25º.- 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 semestral 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.

Artículo 26º.- Confórmase, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Nación, un cuerpo colegiado integrado con representantes electos por las comunidades indígenas y organizaciones vinculadas con la temática, el que contará con las siguientes funciones:

- a) Ejercer y promover la participación ciudadana 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 y a las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las 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 periódicos sobre la ejecución de la presente ley.

Artículo 27º.- Relevamiento Técnico-Jurídico- Catastral (Leyes nº 26.160, 26.554 y 26.894). La cartografía del Territorio Comunitario producto del relevamiento técnico-jurídico-catastral efectuado en el marco de las leyes Nº 26.160, 26.554 y 26.894, será considerado prueba suficiente de la posesión comunitaria indígena.

A los fines de la instrumentación de la propiedad comunitaria indígena, la cartografía referida será considerada válida como acto de mensura una vez dictado el acto administrativo de reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena emitido por la Autoridad de Aplicación de la presente Ley, quien asumirá la responsabilidad de la documentación suscripta en su carácter de autoridad de aplicación.

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 CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 50.000.000) en 5 (cinco) ejercicios presupuestarios consecutivos.

- 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, 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 Comunitaria Indígena previstas en el artículo 18.

Artículo 29º.- Deróganse los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 23.302¹².

¹² Ley 23.302 de Política Indígena. 1985. V.- De la Adjudicación de las Tierras:

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. 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.

La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios.

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 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. Si en el lugar de emplazamiento de la comunidad no hubiese tierras fiscales de propiedad de la Nación, aptas o disponibles, se gestionará la transferencia de tierras fiscales de propiedad provincial y comunal para los fines indicados o su adjudicación directa por el gobierno de la provincia o en su caso el municipal. Si fuese necesario, la autoridad de aplicación propondrá la expropiación de tierras de propiedad privada al Poder Ejecutivo, el que promoverá ante el Congreso Nacional las leyes necesarias.

ARTÍCULO 9 - La adjudicación de tierras previstas se efectuará a título gratuito. Los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales y libres de gastos o tasas administrativas. El organismo de aplicación gestionará exenciones impositivas ante los gobiernos provinciales y comunales. El Poder Ejecutivo dispondrá la apertura de líneas de créditos preferenciales a los adjudicatarios para el desarrollo de sus respectivas explotaciones, destinados a la adquisición de elementos de trabajo, semillas, ganado, construcciones y mejoras, y cuanto más pueda ser útil o necesario para una mejor explotación.

ARTÍCULO 10- Las tierras adjudicadas deberán destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas. La autoridad de aplicación asegurará la prestación de asesoramiento técnico adecuado para la explotación y para la promoción de la organización de las actividades. El asesoramiento deberá tener en cuenta las costumbres y técnicas propias de los aborígenes complementándolas con los adelantos tecnológicos y científicos.

ARTÍCULO 11 - Las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta ley son inembargables e inejecutables. Las excepciones a este principio y al solo efecto de garantizar los créditos con entidades oficiales serán previstas por la reglamentación de esta ley. En los títulos respectivos se hará constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento.

ARTÍCULO 12 - Los adjudicatarios están obligados a:

- a. Radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar;
- b. No vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexas las parcelas sin autorización de la autoridad de aplicación. Los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma serán reputados nulos a todos sus efectos.

TÍTULO III: DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 30º.- Autoridad de Aplicación. Se constituye en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional el Ministerio de Asuntos Indígenas, con dependencia directa del Presidente de la Nación, que contará con los fondos necesarios para su funcionamiento y reemplazará al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en cuanto a fines y funciones, siendo la autoridad de aplicación de la presente Ley.

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 dispuesto por las Leyes 26.160, 26.554 y 26.894 se sostiene la Declaración de la Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras 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 ley¹³.

Artículo 32º.- Retardo en el relevamiento territorial. En aquellos territorios cuya inscripción de dominio se encuentre a nombre del estado nacional o de las provincias, se tendrá por válida la delimitación de las tierras o territorios tradicionales propuesta por las comunidades u organizaciones una vez transcurridos 12 meses de iniciado el trámite correspondiente sin haberse finalizado¹⁴.

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

c. Observar las disposiciones legales y reglamentarias y las que dicte la autoridad de aplicaciones relativas al uso y explotación de las unidades adjudicadas.

ARTÍCULO 13 - En caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio según su caso. En este supuesto la reglamentación de la presente, establecerá el orden de prioridades para su readjudicación si correspondiere. El miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad; los que le correspondieran quedarán en beneficio de la misma comunidad a que pertenecía.

¹³ 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”.

¹⁴ 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 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.”

traducción a cada una de las lenguas indígenas existentes dentro de la República Argentina.

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.

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 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”¹⁵.

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

¹⁵ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/149/50/PDF/G1214950.pdf?OpenElement>

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)¹⁶.

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

¹⁶ 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” (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

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 naturales¹⁷. 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 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

¹⁷“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>

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)”¹⁸.

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 octava parte 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”¹⁹.

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”²⁰.

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 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 colectivos²¹.

¹⁸ 2012; 20. Informe aprobado por resolución aún 83/12

¹⁹ <http://endepa.org.ar/contenido/segunda-advertencia-de-endepa-sobre-la-ley-26160.pdf>

²⁰ Pág. 83. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/149/50/PDF/G1214950.pdf?OpenElement>

²¹ Silvina Ramírez. Propiedad comunitaria indígena / Fernando Kosovsky y Sonia Liliana Ivanoff. – 1a ed. - Comodoro Rivadavia: Universitaria de la Patagonia -EDUPA, 2015. pág. 14

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 indígena²².

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”²³.

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

²² Conf. Dr., Agustín Pestalardo en dictamen al gobierno de Jujuy de enero de 1998 – Op.Cit. Pág 41.

²³ Op.Cit. pág 44.

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”.

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

Para describir las sustanciales diferencias que la propiedad comunitaria indígena observa en relación con el instituto tradicional de la propiedad individual, 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 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...”²⁴

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

²⁴ Helena Highton, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”.

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 qarashe 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”.

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”²⁵. 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

²⁵ Pag. 7. 36 y 38. <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DEFINITIVO-ARGENTINA.pdf>

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

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 todas 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

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) 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 aun 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 Jurídica. Tal criterio fue claramente sostenido por el Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy en autos “Comunidad Aborigen 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 indígenas. Tal criterio resultó esgrimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs/ Paraguay”, en su sentencia del 29 de marzo de 2006.

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 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”.

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”²⁶.

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

²⁶ <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2013/01/INFORME-DEFINITIVO-ARGENTINA.pdf>

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

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”²⁷.

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 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.

La totalidad de los estándares que se encuentran plasmados en el presente proyecto de Ley se encuentran debidamente consignados, y por lo tanto resultan de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina, en el contenido de los siguientes fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- a) Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs/ Nicaragua (2001)
- b) Sawhoyamaya vs/ Paraguay (2004)
- c) Yakye Axa vs/ Paraguay (2005)
- d) Saramaka vs/ Surinam (2008)
- e) Sarayaku vs/ Ecuador (2013)

Es por estos motivos que solicitamos a nuestros pares nos acompañen en la aprobación de este proyecto de ley.

María M. Odarda.

²⁷ <http://eventos.senado.gov.ar:88/14769.pdf>