

Marco jurídico del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en Argentina

Esta presentación tiene como objetivo realizar una breve reseña del marco jurídico vigente que en nuestro país protege los derechos de los pueblos indígenas y a partir de allí, introducir el debate sobre la reforma del Código Civil que impulsa el Poder Ejecutivo.

Mediante el decreto 191/2011, la Presidenta de la Nación creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta Comisión la conformaban dos miembros de la Corte Suprema, los Dres. Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y la profesora Aida Kemelmajer de Carlucci. Tenía un año para elevar al Poder Ejecutivo, un anteproyecto de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación.

El 27 de marzo pasado, en un acto público, la Presidenta recibió el anteproyecto elaborado por esta Comisión.

En esa oportunidad la mandataria, señaló que desde el Poder Ejecutivo no se impulsaría la aprobación “a libro cerrado” del proyecto de reforma. Sostuvo que iban a tomarse 30 días para trabajar sobre el anteproyecto elaborado por la Comisión y luego iba ser enviado al Congreso, proponiendo la creación de una comisión bicameral, integrada por todos los sectores políticos que tienen representación en ambas Cámaras, para que emitiera un dictamen sobre el proyecto y sobre forma de abordar su tratamiento.

Actualmente, el PEN envió el proyecto al Senado (Expte. 57/12) y se encuentra en la Comisión de Asuntos constitucionales, para la formación de la Comisión Bicameral que lo evaluará. En el día de hoy debía reunirse la Comisión para tratar el proyecto.

En lo relacionado con los derechos indígenas, el anteproyecto prevé, que:

- ✓ El sujeto destinatario de las normas son las comunidades indígenas y que éstas son personas jurídicas privadas;

- ✓ La propiedad comunitaria es un derecho real “*que recae sobre un inmueble rural*” cuyo destino es “*la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.*”;
- ✓ Únicamente son titulares de este derecho son las comunidades indígenas “*registradas como persona jurídica.*”
- ✓ Fija principios para la organización interna de las comunidades.
- ✓ Determina los modos de constitución de la propiedad comunitaria indígena y sus caracteres.
- ✓ Establece la “*previa información y consulta a las comunidades indígenas*” para el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en sus territorios.

Antes de adentrarnos en el análisis de esta reforma normativa, es conveniente tener presente el marco jurídico en el que pretende insertarse, para poder determinar si esta reforma se ajusta a los mandatos constitucionales y a los estándares internacionales en la materia.

Los reclamos de los pueblos indígenas vinculados al reconocimiento de sus derechos no son novedosos.

Sin embargo, no fue sino hasta mucho después que nuestro país incluyó las demandas en su texto constitucional. Hasta el año 1994 nuestra Constitución Nacional mandaba al Congreso de la Nación: “*proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo.*”

Con la reforma constitucional de 1994, el estado argentino abandonó las políticas de desconocimiento de los pueblos indígenas signada por dos etapas: la primera del exterminio etnocida y la segunda de la integración compulsiva por asimilación.

Como resultado de ello y el consiguiente reconocimiento de la existencia de la diversidad cultural, se incorporó dentro del art. 75 -norma que regula las atribuciones del Congreso-, una cláusula en la que el estado argentino reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y se comprometió a garantizar los siguientes derechos:

- ✓ respeto a la identidad como pueblos;

- ✓ educación bilingüe e intercultural;
- ✓ reconocimiento de la personería jurídica de sus comunidades;
- ✓ posesión y propiedad comunitarias de las tierras tradicionalmente ocupadas;
- ✓ acceso a más tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano;
- ✓ participación en la gestión de sus recursos naturales y en los demás intereses que los afectan.

En relación al derecho de propiedad comunitaria, durante la Convención Constituyente de 1994, el convencional Díaz, expresó que debía respetarse el modo de relación de los pueblos indígenas con la tierra que no necesariamente queda bien contenido en el Código Civil Argentino con sus tradiciones romanistas.

Y agregó: “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 necesariamente deberá dictar las leyes que aten las consecuencias jurídicas a este modo diferente.”

En esta reforma constitucional se introdujo además, en el art. 75, inc. 22, una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia y complementan los derechos enunciados en el texto constitucional.

Es oportuno recordar también, que la Corte Suprema interpreta que la expresión “*en las condiciones de su vigencia*”, significa que los instrumentos enumerados en el inciso antes mencionado, rige en el ámbito interno tal como lo hace en el ámbito internacional, considerando particularmente su efectiva aplicación órganos internacionales competentes para su interpretación (Viaña: Fallos 318:2348; Bramajo: Fallos 319:1840; Acosta: Fallos 321:3555, entre otros).

Entre los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Los organismos de aplicación de esta Convención, Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre los derechos a los pueblos indígenas. En particular cuentan con una vasta jurisprudencia respecto del derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.

En relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Corte Suprema ha dicho que ésta “[...] *debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054).*” (Giroldi: Fallos 318:514).

Este compromiso del Estado de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, fue profundizado con la ratificación en el año 2000 del Convenio 169 de la OIT (que había sido incorporado a la legislación interna en el año 1992 mediante la ley 24.071), que legisla con mayor extensión y precisión los derechos que los pueblos indígenas tienen como tales.

Vale destacar que este instrumento goza de jerarquía suprallegal, conforme lo establece el art. 75, inc. 22 CN.

Posteriormente, en el año 2007, nuestro país suscribió la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que fija estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo.

Ambos instrumentos abordan aspectos referidos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que difieren radicalmente de la concepción occidental que tenemos de los derechos individuales (tal como ya lo tenían presente los constituyentes en 1994 al incorporar el art. 75, inc. 17).

La piedra basal de uno y otro consiste en que el Estado asuma la responsabilidad de elaborar políticas públicas para dar plena vigencia a los derechos de los pueblos indígenas, en permanente consulta y cooperación con los propios interesados.

En líneas generales, esta consulta debe ser realizada de buena fe, dentro de un proceso que genere confianza entre las partes, adecuada sus prácticas culturales, que permita la más amplia participación de los pueblos interesados. Y su finalidad es arribar a acuerdos con los pueblos indígenas, esto es obtener el consentimiento libre, previo e informado.

Volviendo a nuestra Constitución, había indicado que reconoce y garantiza el derecho de posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas.

Este derecho tiene como fundamento la relación especial que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras y también la necesidad de reparar los despojos territoriales perpetrados por el Estado contra los pueblos indígenas.

En relación a este vínculo que une a los pueblos indígenas con sus tierras, la Corte Interamericana ha dicho que: *“La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”* (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia De 31 de Agosto de 2001).

Tanto el Convenio 169 y como la Declaración, establecen una serie de normas a fin de proteger el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.

Ambos también indican que el término “tierra”, comprende la totalidad del territorio que los pueblos indígenas ocupan o utilizan para su supervivencia y desarrollo como tales. Esto incluye: bosques, ríos, montañas y mares costeros: tanto la superficie como el subsuelo.

El Convenio 169, señala que los gobiernos deben 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.” (art. 14.2)

Respecto de esta norma, expertos de la OIT, han señalado, que: *“[...] el proceso de identificación y protección de las tierras forma parte de las medidas coordinadas y sistemáticas del gobierno para garantizar el respeto por la integridad de los pueblos indígenas y asegurar las consultas adecuadas con respecto a las medidas propuestas.”*

La Declaración de las Naciones Unidas, en el mismo sentido, establece que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de estas tierras y territorios. Y que este reconocimiento debe respetar las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.” (art. 26)

Con mayor rigor, determina que el Estado debe establecer un procedimiento adecuado para el reconocimiento de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas:

“Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, 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 [...]. Los pueblos indígenas tendrán derecho a

Ahora bien y a modo de concluir esta contextualización, voy a plantear algunos interrogantes que esta reforma legislativa genera:

¿Son las comunidades indígenas sujetos de derecho privado?

¿La propiedad comunitaria indígena debe ser incluida dentro de la legislación civil?

¿El Estado tiene facultades para inmiscuirse en la organización interna de una comunidad?

¿Cómo se compatibiliza el reconocimiento de los Estados de la “posesión inmemorial comunitaria”, establecida en la reforma como una de las formas de constituir la propiedad comunitaria, con el hecho de que muchas comunidades en la actualidad han sido despojadas de sus tierras?

¿Qué derechos tienen las comunidades indígenas que no habitan en zonas rurales?

¿Se estableció algún procedimiento de consulta a los pueblos indígenas para elaborar esta reforma?

En síntesis: ¿se condice esta reforma normativa con las normas adoptadas por nuestro país para proteger los derechos de los pueblos indígenas?