

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

Tierra o territorio:. Un debate jurídico o político?.

Norma Fernández y Ana González.

Cita:

Norma Fernández y Ana González (2009). *Tierra o territorio:. Un debate jurídico o político?.* XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/2224>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Tierra o territorio:

Un debate jurídico o político?

Lic. Norma Fernández

Universidad Nacional de Córdoba

normafer2003@yahoo.com.ar

Lic. Ana González,

INADI,

anagonzalezjusticia@hotmail.com

Definición de los territorios indígenas: su alcance

A la luz de los avances internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en el marco de la creciente visibilidad que tienen en Latinoamérica sus poblaciones originarias, se debaten en la actualidad diversos criterios y conceptos respecto de la territorialidad indígena:

a) Territorio originario. Remonta y traslada el derecho, y la delimitación de su territorio, a la época previa a la Conquista. Razones jurídicas no faltan, pero sin desconocer su carácter reivindicativo y de justicia histórica es un criterio complejo de aplicar, debido a las historias de desplazamientos forzados y la migración, salvo algunos lugares particulares como la puna o la selva misionera, en nuestro país.

b) Ocupación tradicional. Es más aceptado y ha sido asumido por legislaciones modernas como el Convenio 169 de la OIT, que lo toma como una de sus alternativas. Se trata de reivindicar y definir

como propios los espacios territoriales que están en la memoria colectiva de las actuales generaciones y que todavía se reconocen como el hábitat natural del pueblo en cuestión, sea que esté enteramente bajo su control o que haya sido objeto de usurpaciones y desmembramientos en los últimos años. Esta concepción exige la definición de procesos de restitución territorial definidos. La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas contempla este último punto en su artículo 27, y podría ser una alternativa justa, especialmente en aquellos casos de pueblos despojados recientemente de sus territorios tradicionales. Por ejemplo el monte chaqueño para los wichí, pilagá o qom.

c) *Ocupación actual*. Es un criterio que ha utilizado la legislación chilena. Es rechazada por los pueblos originarios ya que acepta, sin revisión, la política de hechos consumados respecto a los despojos de tierras que han sufrido los pueblos indígenas.

d) *Territorio como hábitat*. Se centra no en las necesidades de supervivencia o de desarrollo sino que, incorporándolas, va más allá, expresando la relación (o interrelación) permanente de un pueblo con un espacio concreto de la naturaleza y con sus elementos (bosques, ríos, fauna, flora, ambiente, etc.) en la dimensión que en el lenguaje actual consideraríamos ecológica. Prácticamente, esta concepción está presente en todos los textos modernos del Derecho Indígena (Convenio 169, Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas).

e) *Criterios integradores*. Recogen todas las alternativas posibles para orientar el proceso de definición de un territorio indígena. Así el Convenio 169 de OIT contempla el derecho a las tierras y territorios que se definen como *tradicionales*, pero también se refiere a *aquellos que ocupan o utilizan* de alguna manera, al *hábitat de las regiones que habitan*, a la posibilidad de asignación de tierras adicionales *aptas y suficientes* de acuerdo a la *necesidad para su desarrollo sustentable*, a las relaciones espirituales (*control cultural*) entre un determinado pueblo y su territorio. El texto más expresivo y completo, por el momento, es el de la Declaración de la ONU, que relaciona la territorialidad a la libre determinación de los pueblos.

Los indígenas consideran que su condición natural es la de Pueblo, y que ésta se ha desnaturalizado con la creación de un sujeto jurídico, artificial en la mayor parte de los casos – la comunidad – que ha roto el sistema de manejo territorial de cada pueblo en cientos de partículas, muchas veces inconexas, espacial o políticamente. De esta forma se reduce al Código Civil toda la cuestión, y la concepción pluricultural, de un país que alberga múltiples pueblos preexistentes a la creación del Estado (y que la Constitución reconoce) queda en algo sólo declarativo. Para el derecho indígena la tierra se vincula al Pueblo, es un derecho colectivo. En el derecho occidental la tierra es un derecho civil y de un individuo, es derecho privado.

Ante estas opciones la aplicación de la Ley 26.160 en Argentina no debería quedar en el criterio reduccionista y centrado sólo en lo “comunitario” que ha venido fragmentando a los pueblos indígenas, y que además está inmerso en una concepción exclusivamente económica y productivista de la tierra y los recursos.

El territorio indígena no es la suma de los recursos que contiene y que son susceptibles de apropiación o de relaciones económicas de manera separada. Su naturaleza se basa en la integración de elementos materiales y simbólicos que vincula un espacio de la naturaleza con un pueblo determinado como constitutivo de ese espacio. Es por eso que los pueblos indígenas reclaman un tratamiento jurídico específico, definiciones pluriculturales que permitan avanzar en la negociación intercultural en el país.

El Estado ha construido y aplicado históricamente, concomitantemente con sus políticas de avasallamiento material y simbólico y de apropiación de las tierras indígenas, un desmembramiento jurídico de la integridad territorial indígena que plantea a los pueblos originarios serios problemas, tanto en su integración como pueblo como en especial respecto a la utilización de los recursos naturales. Ejemplo de ello son Misiones, Salta, Chaco y Formosa afectados por concesiones madereras, o los ocasionados por explotaciones mineras como en Jujuy o Catamarca y de hidrocarburos en tierras mapuche en el sur.

Ante esta situación los representantes de pueblos indígenas reunidos en el Seminario “Tierra, territorio y recursos naturales”, que se llevó a cabo en la Ciudad de Buenos Aires en abril de 2007¹, plantearon que estas acciones impiden la propia función económica y social del territorio e interfieren el derecho a la identidad y a la integración espiritual y cultural de un pueblo con su territorio. Expresaron:

(a) *Reconocer un territorio indígena sin sus elementos y fuerzas naturales es reconocer un esqueleto irreconocible, sin capacidad de vida, ya que le privaría de su función económica que no es el comercio sino la reproducción de las condiciones de supervivencia y de desarrollo de la vida de un pueblo. Con excepción de algunos pueblos indígenas reducidos a una condición agrícola, la mayor parte de ellos basan su economía en la diversidad de recursos y no en la explotación agrícola intensiva. La seguridad jurídica que pretenden para sus territorios se basa en el control de las condiciones de reproducción de esos recursos renovables. Cuando los pueblos indígenas proclaman que en el*

¹ Encuentro de Pueblos originarios de Argentina. “Seminario Tierra, Territorios y Recursos Naturales”, 25 al 27 de abril de 2007. Convocado por la Dirección de Pueblos Originarios y Recursos Naturales de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Organizado por: Lofce Lonko Purran (Pueblo Mapuce), Neuquén, y la Comunidad del Pueblo Kolla Tinkunaku, Salta. Con el auspicio de la Agencia Española de Cooperación Internacional y el aporte técnico del Grupo de Trabajo Intercultural ALMACIGA.

bosque ó en el monte está su farmacia, su mercado, su universidad, sus fábrica, sus depósitos de materiales para la vivienda, no están expresando sino una realidad integral poco comprensible para quienes no viven en y del monte y de la selva. El valor cultural encarnado en el territorio indígena difiere sustancialmente del valor productivo o comercial atribuido por la sociedad occidental a la propiedad privada. No es posible reconocer el territorio y desconocer sus componentes, cargados de valores espirituales que le otorgan sentido.

(b) *Dado que Argentina es, por definición constitucional un país pluricultural y plurinacional* (a partir del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural que se introduce en la reforma constitucional de 1994 art. 75 inciso 17), *los valores que encarnen las instituciones de su ordenamiento jurídico no pueden ser, por tanto, monoculturales, si no es a costa de la imposición de una cultura sobre las demás.* Al aplicarse a grupos culturales diferentes, con valores culturales y necesidades sociales diferentes, las instituciones deben asumir esa diferencia a fin de que el derecho otorgado sea del mismo valor para todos. Un territorio indígena donde los elementos naturales son excluidos de la seguridad jurídica absoluta constituye una expropiación: un reconocimiento jurídico ficticio que distorsiona el hecho real que quiere describir y proteger.

(c) *La aplicación del régimen general, basado en la divisibilidad de los bienes y la atribución del Estado sobre los recursos naturales para distribuirlos resulta contradictorio con la naturaleza ecológica de los territorios indígenas.* No es el trabajo, sino la no alteración del bosque lo que le da su vigor. Si los pueblos indígenas se ven obligados a intensificar el uso agrícola de sus territorios para defender jurídicamente sus dominios ancestrales (como de hecho ha sucedido repetidamente), sus propiedades irán perdiendo valor y los bosques su verdadero potencial.

Ellos plantean que si la preocupación del Estado es el buen manejo de los recursos naturales se deberá acordar regulaciones en el uso con los pueblos originarios que allí habitan. Si lo que se pretende son ingresos, se deberán regular sistemas de recaudación. Si se trata de reservar derechos sobre determinados recursos de carácter estratégico, o de interés común a todos los pueblos de Argentina, se deberán establecer pautas claras para la concertación de sus usos con el pueblo originario que los detenta en su territorio.

Es importante que toda Ley que se apruebe y aplique para los pueblos indígenas considere algunas características que delimitan nuevas instituciones jurídicas no consideradas en el ordenamiento civil. Aquí se mencionan algunas de las que ellos reclaman:

a) *Es un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo.* Se trata de un derecho originario (no dependiente, en teoría, de decisiones administrativas), que está fundamentado en mitos y hechos históricos anteriores a la constitución de los modernos Estados. No se titula el territorio de un pueblo *para que sea* propietario sino *porque es* propietario ancestral, para que los demás lo respeten y pueda integrarse ese derecho en las relaciones jurídicas modernas con otros sujetos de derecho, sean públicos o privados.

- No está sujeto a condición de carácter temporal; no puede ser objeto de abandono sino por exterminio o desvanecimiento del pueblo como tal.
- No está vinculado a la duración de la vida humana (de los actuales miembros del pueblo indígena) y es incompatible conceptualmente con la sucesión tal y como la entiende el derecho civil, ya que, permanentemente, conviven antiguas y nuevas generaciones del pueblo indígena, disolviéndose las personas en el transcurrir indefinido del sujeto del derecho.
- No comienza ni termina con un título. Todo pueblo puede mantener sus reclamos hasta que el territorio reconocido coincida con el hábitat real que le corresponde por derecho histórico, o bien resignarlos si así lo estiman necesario o conveniente dadas las circunstancias.

(b) *Es un derecho atribuido a un Pueblo.* Se trata de un sujeto jurídico con una entidad especial que escapa de la esfera privada del derecho civil, cuyo reconocimiento tiene determinadas consecuencias en el derecho internacional y debe tenerlas en el ordenamiento interno de un país como Argentina, pluriétnico y plurinacional. De esta condición, se deriva entre otras cosas:

2. El *carácter transgeneracional* del derecho, cuya finalidad es permitir la continuidad histórica de un pueblo y que, por tanto, trasciende la voluntad dispositiva de la actual generación, lo que le hace indisponible (inalienable, inembargable) e indivisible conceptualmente (su división afectaría la naturaleza misma del bien)
3. Su *vinculación con otros derechos de orden no material* originada en las especiales relaciones de un pueblo con su territorio. Así, el derecho territorial está íntimamente relacionado con derechos como el de la identidad, la cultura, la cosmovisión y los cultos religiosos, la espiritualidad, la dignidad colectiva, la integridad psíquica y moral, etc.

4. *Su integridad*: una característica consustancial a la relación pueblo-territorio desde diversos puntos de vista. El territorio debe consolidar jurídicamente todas las formas de uso, posesión, manejo, acceso y administración que definen la relación socioeconómica del pueblo con su hábitat. El derecho territorial debe abarcar todos los elementos: superficie, subsuelo, suelo forestal, aguas, fauna y flora, recursos genéticos, los diferentes ecosistemas independientemente de su clasificación económica. Un territorio que se ofrece descompuesto en una serie de elementos jurídicamente diferenciados, con sistemas de administración separados, con distinto órgano ejecutor, impide a un pueblo ejercer el necesario control cultural y económico.

Autonomía y territorio indígena

La discusión acerca de la aplicabilidad del derecho de libre determinación a los pueblos indígenas en los actuales textos de la Declaración de ONU y OEA se centra en los temores de intentos separatistas del Estado nacional (“un Estado dentro del Estado”)

La mayor parte de los tratadistas insisten en que la libre determinación no es un derecho en sí, sino la condición, el pre-requisito para el ejercicio del resto de los derechos de un pueblo o de una nación (conformar o no Estados es una posibilidad que existe como consecuencia de ese pre-requisito). Hasta el momento ningún pueblo en el continente está dispuesto a discutir el derecho eminente de los Estados sobre un territorio unitario nacional.

Una de las formas de ejercitar la libre determinación es a través de la autonomía, una facultad viable dentro de contextos nacionales integrados. Los diccionarios jurídicos definen la autonomía como “la facultad que posee, o que es reconocida, a una población o ente, para dirigir sin tutelaje extraño los intereses específicos de su vida interna, que puede expresarse en la creación de instituciones propias para los espacios donde se desarrolla” .

En esos términos, la autonomía está implícita en el Convenio 169 OIT, convertido en Ley Nacional 24.071. Es un concepto que, por definición, se da al interior de los Estados y conlleva una relación jurídica y normativa entre el ente autonómico y el Estado central. Expresa, precisamente, el carácter de esa relación entre el poder central y sus componentes sociales, culturales y territoriales. Es una forma de organizar el pluralismo político en una sociedad construida en forma multiétnica.

La autonomía territorial de los pueblos indígenas se define en base a:

- Un control autónomo de las tierras y los recursos. Supone una competencia, reconocida externamente, para disponer las propias normas respecto a un área determinada.
- Un control social, espiritual y cultural sobre el territorio y sus recursos, incluyendo la protección de los propios conocimientos sobre la biodiversidad, el control sobre la transmisión de los valores que constituyen la ética económica de cada pueblo y la capacidad de autogeneración de conocimientos en los nuevos contextos interculturales.
- Un marco regulatorio de las relaciones con el resto de las entidades socio-políticas.

El problema de cómo se incorporan los territorios autonómicos al territorio nacional, políticamente definido como republicano y soberano, va a depender de diversas circunstancias de acuerdo con los diferentes procesos históricos y regionales y el avance del debate interétnico del país. Existen ya muchas experiencias y proyectos en el mundo a los cuales revisar 2. A su vez algunos pueblos ocupan territorios transnacionales, es decir que trascienden las fronteras de un Estado nacional. Es el caso de los mbya guaraní que se extiende entre Brasil, Paraguay y Argentina. Este es todo otro tema a debatir.

El poder y la facultad del Estado de concesionar los recursos naturales ubicados en los territorios indígenas, y las regalías que resultan de esa explotación, es el punto que dificulta el avance del proceso de institucionalización de las reivindicaciones jurídicas del movimiento indígena. Luego de reconocerse a los pueblos originarios la preexistencia y en consecuencia sus derechos territoriales, el Estado se reserva una serie de posibilidades de intervención al interior de esos territorios (a veces lo “reservado” supera con creces lo concedido)

Este punto es trascendental ya que los mayores problemas de los pueblos indígenas (incluido la represión física y cultural de muchos de ellos) provienen de esas reservas de dominio que se hace el Estado (concesiones forestales, mineras, petroleras) y que, muchas veces, promueven

Las entidades territoriales colombianas y los Resguardos Indígenas (definidos como unidades sociopolíticas), el proyecto de nueva constitución boliviana que promueve las regiones indígenas, las Alcaldías Auxiliares de Guatemala, la Ley de Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua,...Pero también algunas mucho más consolidadas como el estatuto de la Comarca Abya-Yala de Panamá, el Gobierno Autónomo (indígena) de Groenlandia, las Comunidades Autónomas españolas, la Confederación Helvética, por citar los más conocidos.

perturbaciones tan graves que llevan a pueblos enteros a estar amenazados de desaparecer. En Jujuy, un pueblo como el Kolla de la Región Puna está hoy en una situación desesperada a causa de los intereses económicos y planes de grandes empresas mineras auríferas. Los pueblos Wichi y Pilagá se han visto reducidos demográficamente en un corto periodo de 25 años, por las perturbaciones ocasionadas por las consecuencias, directas o indirectas, del desmonte y otras intrusiones territoriales. Los pueblos mapuche de Neuquén tienen serias dificultades de supervivencia tras el paso, por 30 años, de las compañías petroleras. Si esas reservas de dominio se fundamentan en grandes intereses nacionales, la contradicción aparece cuando se analizan las regiones de donde se extrajo por décadas petróleo, que han sido categorizados oficialmente como de “extrema pobreza”: Cutral Co en Neuquén, Gral. Mosconi en Salta ó Caleta Olivia en Santa Cruz. La situación de los pueblos acechados por las compañías mineras transnacionales es aún peor.

Lo que los indígenas reclaman es que el Estado autorice una actividad sólo si el pueblo originario otorga su Libre Consentimiento Fundamentado Previo, que se otorgará si la actividad es compatible con la finalidad del territorio indígena y esté diseñada con las suficientes garantías de que se cumplan efectivamente en la práctica.

Una primera incompatibilidad que dificulta el encuentro entre las perspectivas jurídicas del Estado y la de los pueblos indígenas es la desintegración jurídica de los elementos de la naturaleza. Ese carácter debe ser modificado y si se define al territorio como el bien jurídico a proteger, no puede estar sujeto a la desintegración de las partes que lo integran (fauna, flora, espacios sagrados, ríos, lagunas, subsuelo) sin riesgo de destruirse deteriorarse o alterar su esencia y su finalidad. Y como el Derecho reclama pluriculturalidad jurídica en respuesta a la preexistencia constitutiva de los Pueblos originarios, se presenta como una meta importante para el movimiento indígena lograr que el mismo intente acomodarse a esos criterios de justicia.

No se discute el dominio eminente que expresa la soberanía del Estado. Se cuestiona la libertad de decidir arbitrariamente el otorgamiento de derechos a terceros (ajenos al pueblo originario) para invadir legalmente, depredar y, en muchos casos, destruir o desgarrar un bien considerado de trascendencia histórica para la supervivencia de un pueblo. Para los pueblos indígenas un aspecto fundamental a demandar y lograr es la autonomía territorial, expresada en términos prácticos, donde los usos territoriales se definan por cada pueblo, de acuerdo con su derecho consuetudinario.

La masacre de indígenas amazónicos en Bagua, Perú, muestra el rostro más trágico de esta incompreensión.

La ley 26.160 y la delimitación de los territorios indígenas ³

El reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en nuestro país data de la reforma constitucional de 1994, en la que se introduce el artículo 75 inciso 17 donde se establecen. Sin embargo para que estos derechos sean efectivamente reconocidos en el ámbito de la justicia falta un largo camino por recorrer. El tema del pluralismo jurídico no está incorporado en el ámbito de los estudios de Derecho y sólo muy recientemente se han comenzado a dictar seminarios especializados sobre el tema.

La falta de políticas públicas destinadas a los pueblos indígenas, hasta ahora, ha sido notable, y esto incide en la dificultad del poder judicial para considerar a los pueblos indígenas como sujetos de derechos. La histórica negación de existencia de los pueblos indígenas en la conformación del Estado nacional, aunada a la matriz racista y clasista de las relaciones sociales son el sustrato sobre el que se asienta también el ejercicio de la práctica judicial general.

Sin embargo, el accionar de un conjunto de abogados y juristas ligados al tema y el avance de algunas organizaciones indígenas en distintas zonas del país, acompañadas por académicos u organizaciones sociales, ha derivado, en los últimos años, en sentencias y fallos favorables a los pueblos originarios, en la exigencia del cumplimiento de los postulados constitucionales del artículo 75 inciso 17, y de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, que Argentina ratificara en el año 2000.

La sanción, en noviembre de 2006, de la Ley 26.160 de *Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras que Tradicionalmente Ocupan las Comunidades Indígenas Originarias y de Relevamiento Técnico, Jurídico, Catastral de la Situación Dominial* de las mismas creó un nuevo escenario en nuestro país, ya que genera una importante movilización alrededor de la cuestión territorial, e instala un desafío tanto para los pueblos indígenas como para el Estado (tanto el nacional como los provinciales).

³ Parte de este texto fue presentado en el último Congreso de Antropología Social, Posadas, Misiones 2008

Esta es la primera ley de carácter nacional, posterior a la 23.302 del año 85 (Sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes),⁴ que establece una política concreta respecto a la delimitación de las tierras indígenas, otorgándole además un presupuesto de 30 millones de pesos para su ejecución. La tensión entre conceptos como tierra/territorio, comunidades/pueblos, la autoadscripción identitaria y la participación indígena son elementos ineludibles en el actual abordaje de la problemática en nuestro país.

El embate homogeneizador que comenzara en el siglo XIX obligó, en muchos casos, a los pueblos indígenas a abandonar sus idiomas y a ocultar su identidad, aunque siguieron siendo discriminados bajo el mote de “cabecita negra”. En el caso de los pueblos de la región de yungas, pero particularmente los del gran Chaco fueron reducidos a mano de obra servil en los ingenios azucareros, perdiendo sus tierras y pasando a engrosar barrios suburbanos alrededor de los ingenios. La distribución geográfica actual de los pueblos indígenas y la ocupación territorial tiene que ver con estos procesos históricos de relocalización compulsiva o forzada. Es así que un porcentaje muy importante de pueblos indígenas están hoy en los suburbios de las grandes ciudades: Buenos Aires, Rosario, Resistencia, Bahía Blanca, etc. Esta situación va a tener consecuencias importantes a la hora de definir conceptos como *territorios ancestrales* o *tierras que tradicionalmente ocupan*.

Identidad cultural y personería jurídica

Dado que no ha habido aún una transformación concomitante de la estructura estatal ni jurídica que asimile los cambios, en el propio texto de la Constitución Nacional se introduce una ambigüedad ya que por un lado se habla de *pueblos indígenas argentinos* y se remite el reconocimiento de la *posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*, pero el reconocimiento a la “*personería jurídica*” (condición para el acceso) se da a las *comunidades* y no a los pueblos.

A su vez, la Ley 23.302/85 y las leyes provinciales, previas a la reforma constitucional, basadas en el derecho civil, ya habían introducido formas asociativas y de toma de decisiones ajenas a la cultura de las comunidades, las que se fueron arraigando y permanecen en la actualidad. Los mecanismos electivos y de representación de estas formas asociativas introdujeron divisiones al interior de los pueblos y manejos de carácter clientelar.

⁴ Esta ley, que recién fue reglamentada en 1989, creó el INAI, el cuál se puso en funcionamiento en 1992, pero casi sin presupuesto y sin estructura. La estructura administrativa del INAI data recién de 2002, lo que valió una presentación judicial de parte de la Asociación Indígena de la República Argentina.

El tema de la personería jurídica está directamente vinculada a la problemática de la identidad indígena. En algunos procedimientos judiciales se cuestiona el carácter de “indígenas” de quienes promueven acciones en defensa de sus derechos, y se recurre al peritaje con el objeto de determinación de la identidad cultural, pretendiendo que se demuestre “la diferencia cultural respecto de la cultura media nacional”. Estos pedidos suelen estar fundados en concepciones culturalistas, estáticas y esencialistas de la identidad. El derecho vigente en materia de identidad está basado en el auto-reconocimiento que los mismos interesados hagan de su carácter de pertenecientes a un pueblo originario y se sustenta en el Convenio 169 de OIT.⁵ En Argentina, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) ha adoptado también este “criterio autoadscriptivo” para la determinación de la pertenencia a los distintos pueblos indígenas en el censo realizado a nivel nacional en el 2001, cuando por primera vez se introduce una pregunta para determinar la presencia indígena.

La propiedad comunitaria de las tierras

La introducción del concepto de *propiedad comunitaria de las tierras*, las que son inalienables, intransmisibles, inembargables y no pueden ser sujetas a gravámenes, introduce una nueva figura inexistente hasta ahora en el derecho positivo argentino, cuyo titular es la *comunidad*, a la vez que plantea el problema de los modos de poseer o de ocupación característico de cada pueblo indígena y cuestiona la normativa que regula los derechos hereditarios.

En nuestro ordenamiento institucional, la jurisdicción en el tema tierras y recursos naturales recae sobre las provincias. Y si bien prácticamente todas las provincias con población indígena han incorporado a sus Constituciones artículos de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en concordancia con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, pocas son las que desarrollan las políticas para dar protección jurídica a la posesión de las tierras.

Asimismo en la práctica del poder judicial de la mayoría de las provincias también se verifica aún una fuerte resistencia a aplicar el marco jurídico y doctrinario de reconocimiento de derechos

⁵ El Convenio 169 de la O.I.T. del año 1989, receptado en nuestro derecho a través de la ley nacional 24.071, publicada en B.O. el 24/4/92 estipula al respecto en su artículo 1 inciso 2: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio

colectivos a los pueblos indígenas, en particular en lo referido al reconocimiento de la figura de la propiedad comunitaria de las tierras⁶

En un dictamen solicitado por el INAI al Dr. Germán Bidart Campos, el mismo consideró el carácter operativo del artículo 75 inciso 17:

“La cláusula citada implica el reconocimiento directo y automático de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; o sea que es operativa, con el sentido de que el Congreso no podría negar ese reconocimiento. Se trata de lo que en doctrina constitucional se denomina el contenido esencial que, como mínimo debe darse por aplicable siempre, aun a falta de desarrollo legislativo”. En otro texto el mismo jurista plantea que: “La cláusula del inciso 17 del art. 75 de la constitución, en cuanto reconoce la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, a la vez que impide enajenarlas, transmitir las, gravarlas o embargarlas, tiene como consecuencia inescindible el alcance de prohibir cualquier medida incluso judicial que origine, o sea susceptible de originar, el desalojo, la desocupación o la expulsión de personas o familias integrantes de aquellas comunidades, que habitan dichas tierras o realizan en ellas sus actividades de subsistencia”.

Sin embargo esto no ha impedido que se hayan dictado numerosas sentencias de desalojo, y si bien no se cuenta con un registro que dé cuenta de la magnitud del problema, muchas comunidades de distintos pueblos tienen pendientes procesos judiciales de desalojo en los que los consideran “intrusos”, cuando no “usurpadores” en sus propias tierras.

Los procesos de urbanización/aculturación y de desintegración cultural y comunitaria están ocasionando que, en algunos pueblos, los miembros de las comunidades que migran comiencen a reclamar derechos hereditarios sobre las tierras de carácter individual. Los poderes políticos locales suelen insistir también esa dirección. La dirigencia indígena insiste en la importancia de que toda regularización territorial tenga carácter comunitario para preservar la integridad territorial y la identidad cultural.

La experiencia indica que allí donde se han entregado títulos individuales, las comunidades han ido perdiendo su identidad y sufriendo procesos de desintegración. En este sentido los dirigentes indígenas demandan que la cuestión de conflictos jurídicos sobre los territorios, así como todos los temas referidos al derecho de los Pueblos Indígenas sean de competencia federal, porque

⁶ Se trata de la tensión entre quienes alegan que la figura no está incorporada en el código Civil y que el artículo constitucional no está reglamentado, y aquellos que afirman que es de aplicación operativa desde la Reforma Constitucional.

consideran que de esa manera se garantizaría el ejercicio de los mismos y evitaría la impunidad a la que están siendo sometidos por algunas provincias.⁷

Desde el punto de vista administrativo o legislativo, existen antecedentes diversos en las provincias:

a) la provincia de Formosa fue pionera en el reconocimiento de tierras indígenas con anterioridad a la reforma constitucional. Sin embargo el criterio utilizado en la Ley 426/85 fue el de *tierra por comunidad*, no de pueblos, e incluso se dio la posibilidad de optar por tierra individual, a pesar que cuenta con 3 pueblos bien diferenciados: toba, wichi y pilagá ubicados geográficamente en lugares distintos.

b) en los casos de comunidades kollas que se movilizaron a fines de la década del 80 lograron la expropiación por parte del Congreso de la Nación, de dos fincas: Santiago y San Andrés y la titulación como tierra comunitaria bajo personerías jurídicas que engloban varias comunidades de base territorial. En ambos casos se utilizó el perímetro de las antiguas fincas para delimitar el territorio, cuya extensión es de aproximadamente 130 mil hectáreas cada una.

c) en la provincia del Chaco se extendió un título comunitario sobre aproximadamente 125 mil hectáreas, a la Asociación Meguexogoxi, la que también comprende numerosas comunidades toba, en la región del Teuco Bermejito. A su vez en Tierra del Fuego, se reconocieron 36 mil hectáreas al pueblo selknam /ona organizado bajo la personería jurídica de Comunidad Rafaela Ishton, compuesto por unas 500 familias cuya residencia es urbana, fuera del área reconocida.

d) una experiencia importante en curso es el Programa de Regularización Dominial de los Territorios Aborígenes de la provincia de Jujuy ⁸, que ya ha entregado 27 títulos bajo la figura de propiedad comunitaria. En total involucran 915.000 hectáreas, 27 Comunidades y aproximadamente 1100 familias de los departamentos Tumbaya, Cochinoca y Yavi (pueblo kolla), departamento de Humahuaca (pueblo omaguaca), y del departamento de Susques (pueblo Atacama). Son cesiones gratuitas que contienen las cláusulas de inembargabilidad, inenajenabilidad, no sujetas a gravámenes que establece la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 17. También se remite al artículo 13 de la Ley 23302 que plantea que en caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas pasarán a la Nación, la Provincia o al Municipio según su caso, y que el miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad. La demarcación de los territorios se hace a partir de un croquis elaborado por la comunidad, actas de colindancia y amojonamiento. Finalmente se hace la mensura y

⁷ “Demandas al Estado” del Foro Nacional de Derechos de los Pueblos Indígenas en la Política Pública. Agosto 2005 Posadas.

⁸ Resolución del INAI del 6-12-06

se elabora el título⁹.

e) mención a parte requiere el caso de las comunidades wichi de los lotes fiscales 55 y 14 del departamento Rivadavia de la provincia de Salta, que vienen reclamando un título único comunitario sobre tierras que abarcan 600 mil hectáreas, las que comparten de manera conflictiva con población criolla. El caso ha sido admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la negativa de la provincia a expedir un título único.¹⁰ O el caso de las comunidades huarpes de Mendoza, donde la legislatura provincial votó por unanimidad una ley reconociéndoles 720 mil hectáreas de territorio, pero que no se hizo efectiva debido a la apelación del fiscal de Estado.

f) en contraposición de los casos expuestos las comunidades wichi, kolla, chané, tapiete, chorote o guaraní que están asentadas en los departamentos San Martín, Orán o Embarcación de la provincia de Salta, están cotidianamente sujetas a amenazas de desalojo judicial. Estas comunidades habitan pequeñas parcelas sin título, codiciadas por empresarios sojeros o madereros.

El programa de relevamiento de los territorios

La Ley 26.160 suspende la *ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos* que impliquen desalojos o desocupación de tierras que *ocupan tradicionalmente las comunidades indígenas*, por el plazo de 4 años. *Durante los tres primeros años de vigencia el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.*

Las comunidades beneficiarias de la Ley son aquellas *cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) u organismos provincial competente o aquellas preexistentes*. Asimismo crea un *Fondo Especial*, de 30 millones de pesos (poco menos de 1 millón de dólares), el que estará destinado al relevamiento territorial, a las labores profesionales en causas judiciales y extrajudiciales y a los programas de regularización. Al ser esta Ley de orden público,

⁹ Si bien se utilizó el criterio de *tierras por comunidad*, las extensiones fueron demarcadas, en su mayoría, con un concepto de territorio en casi todos los casos. Esto se debe fundamentalmente a que en la región de la Puna es donde mayor *ocupación ancestral* se mantiene, ya que el mismo programa ha tenido que destinar un lote fiscal de solamente 4000 hectáreas para las numerosas comunidades guaraní suburbanas

¹⁰ El caso es complejo para resumir aquí, sin embargo habría que mencionar que los indígenas reclaman una parte de esa tierra ya que entienden que la población criolla debe ser relocalizada en el mismo predio.

tiene vigencia en todo el país.¹¹

El INAI como organismo de aplicación ha elaborado un Programa de Relevamiento que otorga la decisión para elegir los organismos locales que llevarán a cabo el relevamiento en cada provincia, al Consejo de Participación Indígena (CPI), órgano de representación indígena de muy reciente conformación. Este organismo está conformado por representantes de los distintos pueblos indígenas de cada provincia, elegidos por el método de la votación en asamblea, y una mesa coordinadora ejecutiva.

A pesar de las críticas y las debilidades existentes, el CPI es uno de los primeros espacios nacionales en el que los distintos pueblos articulan entre sí y comienzan a participar de las tomas de decisión en las políticas públicas. El desafío será que las comunidades participen de manera directa en el relevamiento de sus tierras y en la designación de los profesionales del equipo técnico, lo que estará directamente ligado a su fortaleza o debilidad organizativa en el proceso que se inicia.

La Ley establece que la *posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada*, y seguramente éste será el núcleo medular alrededor del cuál se plantearán las disputas. La ocupación actual en la mayoría de los casos es producto de desalojos en las últimas décadas, mientras que *la ocupación tradicional*, según la definición de los propios indígenas son “los espacios territoriales que están en la memoria colectiva de las actuales generaciones, y que todavía se reconocen como hábitat del pueblo en cuestión, sea que esté enteramente bajo su control o que haya sido objeto de usurpaciones y desmembramientos en los últimos años”.¹² Esta es una definición operativa que puede no necesariamente coincidir con el concepto de *territorio ancestral* debido a las diversas vicisitudes históricas de *desplazamientos forzados* por las que le tocó atravesar a cada pueblo indígena y en la mayoría de los casos tampoco coincide con la *ocupación actual*.

En un contexto en que la problemática territorial indígena ha cobrado mayor visibilidad pero aún subsisten enormes resistencias políticas y judiciales a aplicar las normas de reconocimiento de sus derechos, el hecho de que se suspendan los desalojos que ya están en

¹¹ La Ley 26.160 ha recibido numerosas críticas, en particular por parte de dirigentes y juristas indígenas. Se plantea que siendo el artículo constitucional 75 inciso 17 de aplicación operativa hace innecesaria la ley. A pesar de ello esta es la primera vez en la historia de la República Argentina que se toma la decisión política de hacer un relevamiento sistemático de todas las tierras indígenas en todo el país con el objetivo de regularizar la situación dominial y además se le asigna un presupuesto.

¹² Documento Base del Seminario de Pueblos Originarios “Tierra, Territorio y Recursos Naturales” Buenos Aires, abril 2007, anteriormente citado.

proceso y dar un margen de tiempo para fortalecer las comunidades, mientras se realiza el relevamiento, es de suma importancia. Sin embargo si no se toman en cuenta los desalojos recientes y no tan recientes, y sólo se relevan parcelas aisladas ocupadas actualmente, varios dirigentes y juristas indígenas plantean que se estaría legalizando el despojo. En este sentido algunos dirigentes indígenas comienzan a hablar de *restitución* de territorios, mientras que otros están recurriendo a medidas de hecho de *recuperación* de tierras con el objeto de posicionarse con mayor fuerza ante el relevamiento.

El debate abierto por la ley ha permitido que en el seno del CPI se comience a analizar la problemática desde la perspectiva de *pueblos* y no de *comunidades*, y de *territorios* y no de *tierras*. Otro aspecto controversial será sin duda el tema de la *acreditación fehaciente* de la ocupación. Este requisito parecería obligar a que sean los indígenas los que tengan que aportar pruebas de su ocupación en aquellos casos que se tengan que dirimir en la justicia.

En la experiencia actual la incomprensión de la pluriculturalidad lleva a la exigencia habitual por parte del poder judicial, de demostrar una *posesión efectiva* o “actos posesorios” según los criterios productivistas de la concepción occidental capitalista de la tierra: la mensura judicial, la construcción de alambrados, la limpieza de terrenos, la tala de árboles, la construcción de puentes y caminos, la variación en los cursos de arroyos, el pastoreo de animales, etc. Es decir, la transformación masiva del ambiente, sin tener en consideración las cuestiones relativas a los diferentes valores de vida de los pueblos indígenas, en los que los modos de relacionamiento con la tierra son diferentes al modelo de *posesión* derivado de la cultura occidental.

Esta orientación deviene de la figura de dominio por prescripción del Código Civil, por la cuál se puede adquirir el dominio sobre la tierra a partir de la posesión ininterrumpida, pública y pacífica durante veinte años (Art. 2351, 2524, 4015 del Código Civil). Y se considera posesión cuando se tiene *una cosa inmueble bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad*. En los pocos casos que conocemos de pedido de peritaje cultural solicitado por el poder judicial en litigio por la tierra, se busca que sean los indígenas que demuestren que *han ocupado efectivamente la tierra* y presenten pruebas.¹³

13

Un ejemplo de ello es el solicitado por el Juzgado Civil y Comercial de primera instancia de Orán, Salta en los autos caratulados “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal c/Comunidad Indígena Ava Guaraní Estación El Tabacal y otros - Interdicto de retener la posesión” (Expte. N° 43.705/04).

Un ejempl

En la mayoría de los casos los territorios que se reclaman no son sólo los de vivienda sino aquellos circundantes de uso colectivo para cultivos comunitarios, traslado de animales, recolección de plantas medicinales y usos ceremoniales. Frente a la dificultad de obtener la demarcación total a su favor plantean que les permitan el “uso compartido” de los mismos.¹⁴

A su vez la participación indígena está jurídicamente planteada en la CN: “asegurar su participación en la gestión de sus recursos naturales y en los demás intereses que los afecten” (CN art. 75 inciso 17), y en artículo 6 del Convenio 169 de OIT: “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”. Las organizaciones indígenas exigen el *Libre Consentimiento Informado* previo a todo proyecto que involucre a los Pueblos Originarios, sus territorios y recursos. Es necesario profundizar los mecanismos por los cuáles el conjunto de las comunidades y sus miembros puedan acceder verdaderamente a un libre consentimiento informado.

En la delimitación territorial administrativa planteada por el Programa de Relevamiento propuesto por el INAI para la operativización de la Ley 26.160, la participación indígena está planteada como central, a través tanto del CPI, como de cada comunidad cuyas tierras deberán ser delimitadas. Sin embargo en la diversidad de situaciones de los distintos pueblos en nuestro país, esto será muy difícil si no se acompaña de acciones que propendan al fortalecimiento de las comunidades y sus organizaciones¹⁵.

El proceso de relevamiento no podrá transformarse exclusivamente en una *foto* de la limitada ocupación actual de las comunidades ya que esto no garantizaría la existencia futura de las comunidades y mucho menos de los pueblos indígenas. En este sentido, el trabajo tendrá que conjugar el relevamiento de los procesos históricos recientes de despojo, que todavía perduran *en la memoria de las actuales generaciones*, pero que también figuran muchas veces en los registros catastrales o

¹⁴ Dirigentes mapuches plantearon esa posibilidad para las “veraneadas o invernadas” de los animales en lugares de pastoreo y el acceso a cementerios indígenas o lugares ceremoniales dentro de las tierras con propietarios privados.

¹⁵ un ejemplo muy difícil de resolver es el de las comunidades de distintas etnias (wichi, chorote, chané, guarani, tapiete, etc.) en las provincias de Salta y Jujuy, las que fueron sucesivamente obligadas a relocizarse y fraccionadas en innumerables comunidades con fuertes presiones por parte de los empresarios madereros y sojeros sobre las tierras que actualmente ocupan. Aquí probablemente sea necesario un arduo trabajo de los antropólogos en conjunto con los dirigentes para legitimar ya sea por la vía judicial o la vía de la negociación política el reconocimiento de un territorio actualmente pulverizado por las concesiones de títulos a terceros. Un caso interesante de analizar es el de la comunidad wichi Eben Ezer, a la que se le reconocieron tierras en el Departamento de Anta, a partir del apoyo de varias instituciones, siendo que había sido trasladada allí 5 o 6 años antes desde el Departamento San Martín. La demanda territorial se fundó en que si bien, no era el territorio específico en que se había desarrollado la comunidad, si se correspondía al hábitat de monte chaqueño propio de la *ocupación tradicional* de los wichi.

los juzgados penales, con el análisis de las condiciones necesarias para la supervivencia futura y diferenciada de los pueblos indígenas. A esto se refiere la CN cuando dice “ *regular la entrega de otras (tierras distintas a las ocupadas tradicionalmente) aptas y suficientes para el desarrollo humano*” ¹⁶. Estos elementos deberán contribuir a generar los fundamentos y pruebas que se esgriman tanto en la arena judicial como administrativa que sustenten las demandas indígenas.

A su vez, el Estado deberá brindar apoyo efectivo para el fortalecimiento de las comunidades y las organizaciones indígenas en sus reivindicaciones territoriales ante la justicia, es decir *crear condiciones para la emergencia de un consentimiento informado por parte de los indígenas con relación a la posibilidad de delimitar una extensión territorial que les permita proyectarse al futuro.*¹⁷

En nuestro país la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional todavía está teñida de una fuerte puja política por el reconocimiento efectivo de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos. A pesar de las dificultades se abre una etapa de cuestionamiento y cambio del andamiaje jurídico y la estructura de impartir justicia, pero que también debe ir acompañada de una reformulación de la institucionalidad que operativice sus derechos y una visibilización mayor de los pueblos indígenas en el conjunto de la sociedad.

A pesar de todos los obstáculos y dificultades actuales derivados de la agresión y la negación histórica del Estado y la sociedad argentina a sus pueblos originarios, las comunidades y pueblos indígenas están en un proceso de revitalización, son sociedades vivas y dinámicas que buscan construirse con proyección de futuro. Es fundamental invertir recursos sustantivos en la formación y fortalecimiento de las organizaciones, capacitar para trabajar en el proceso de reconocimiento por parte del Estado nacional y los Estados provinciales sobre su derecho a los territorios.

Para que surja un real consentimiento informado es necesario que tanto los pueblos indígenas como los distintos estamentos públicos y las organizaciones sociales dialoguen sobre las múltiples determinantes de las relaciones históricas y actuales con la sociedad local, regional y nacional, y se adquieran los instrumentos para un verdadero diálogo intercultural. Hace falta realizar en nuestro país un enorme trabajo para que se legitime los derechos indígenas a sus territorios en la institucionalidad del Estado y en el ámbito judicial.

¹⁶ CN art. 75 inciso 17

¹⁷ Adolfo Neves de Oliveira: “Pensando o futuro dos Povos Indígenas: Identificacao de Terras Indígenas enquanto processo dialógico” Brasília, 1997