

**La afirmación de los derechos de los pueblos originarios en la Constitución nacional impone la necesidad de acciones positivas por parte del Estado respecto de la propiedad de las tierras**

Silvia Mónica Fariña<sup>1</sup>  
Claudia Iribarren<sup>2</sup>

**Resumen:**

La afirmación de los derechos de los pueblos originarios en la Constitución Nacional, impone la necesidad de acciones positivas urgentes por parte del Estado.

En este trabajo pretendo mostrar que los pueblos originarios tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados, donde transcurren su ciclo vital pretendiendo alcanzar la plenitud humana (material y espiritual). Y ello requiere que el Estado sin demora accione para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Carta Magna a partir de 1994 cuando lo incluye en el art. 75 inc. 17.

Recorriendo los fundamentos usados por los jueces al resolver, demostrar que una correcta mirada constitucional evidencia la necesidad de adecuar el criterio individualista del derecho de propiedad en nuestro Código Civil, norma de inferior jerarquía.

Partiré del concepto constitucional de igualdad que se vio fuertemente movilizado a partir de la pauta dada por la última reforma constitucional. El concepto de acciones positivas o de discriminación inversa requiere progresar la idea clásica de igualdad ante la ley especificándose como igualdad de oportunidades.

Abordaré entonces la necesidad de reforma del Código Civil porque no es razonable igualar a quienes no lo son. Resultando necesario que lo que la identidad de los pueblos originarios tiene con el resto de la sociedad sea convertido en real y efectivo acceso al “derecho real” de propiedad comunitaria de sus tierras.

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional del Sur.

<sup>2</sup> Universidad Nacional del Sur.

**La afirmación de los derechos de los pueblos originarios en la Constitución nacional impone la necesidad de acciones positivas por parte del Estado respecto de la propiedad de las tierras**

**I.- INTRODUCCION.-**

La relación especial que los pueblos originarios tienen con la tierra secular de sus antepasados,- donde transcurren su ciclo vital buscando alcanzar la plenitud humana-, marca su importancia, no sólo en cuanto a la cuestión de posesión y producción, sino que es un elemento material y espiritual del cual necesitan gozar plenamente para poder preservar su legado cultural y transmitirlo a través de las generaciones.

Para poder comprenderlo, dentro de lo que puede considerarse consenso general sobre lo que debe entenderse por pueblo indígena, cabe tomar en cuenta los elementos objetivos que lo definen y que incluyen: la continuidad histórica, la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o determinada región y las instituciones sociales, económicas, culturas y políticas específicas y propias que continúan manteniendo. Subjetivamente el elemento determinante es la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena.

Siendo el elemento determinante para considerar a un grupo como indígena o no, la continuidad histórica de su presencia en un determinado territorio y la vinculación con los ancestros que preexistían al período de colonización o conquista.

A modo de ratificación en este punto vale citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostiene, respecto de una comunidad indígena de Paraguay, que “La posesión de su territorio tradicional está marcada en forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una claridad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía. Dentro del proceso de sedentarización, la Comunidad Yakye Axa adoptó una identidad propia relacionada con un espacio geográfico determinado física y culturalmente, que corresponde a una parte específica de lo que fue el vasto territorio Chanawatsan”<sup>3</sup> (1).

Consecuentemente para que el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, esté efectivamente garantizada ha de tomarse en consideración que ella se liga

---

<sup>3</sup> CIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125, párr.146).-

intrínsecamente con sus tradiciones y expresiones orales, costumbre, lengua, rituales, artes y valores en general. Es preciso recalcar constantemente que su identificación cultural con la tierra es muy profunda.

Adunando a ello que la importancia del reconocimiento de este derecho, es también garantía de otros básicos, como son la salud y la alimentación. Así también lo ratifica la CIDH al expresar que éste relaciona con “el derecho colectivo ala supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”<sup>4</sup>.-

Cabe decir entonces, que estos pueblos son titulares del derecho de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que vienen ocupando históricamente y por ello tienen derecho a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal que acredite dicha propiedad y que el mismo sea debidamente registrado. Y ello va a ser indispensable para que detenten de manera segura el goce permanente de su territorio. Sin perjuicio de la forma particular que internamente cada comunidad establezca respecto de su tenencia.

## **II.- RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS.-**

### **a.- Derecho interno.**

En nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento más trascendente ha sido la inclusión en el art. 75 inc. 17 de la C.N. específicamente de una cláusula expresa en materia de los derechos de los pueblos indígenas argentinos, que textualmente expresa “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Este gran paso evidencia la superación de la impensable fórmula del anterior art.

---

<sup>4</sup> Op. Cit.

67 inc. 15 en punto a “conservar el trato pacífico con los indios” o de “promover la conversión de ellos al catolicismo”. La necesidad de la reforma fue establecido mediante la ley 24.309.

La nueva redacción es evidentemente un avance, aún cuando podamos advertir la convergencia de algunas pautas de difícil concreción en cuanto a la implementación normológica de ciertos lineamientos fundamentales referidos a los derechos de los pueblos originarios.

En dicho contexto podemos citar el dictado de la ley 26160 de Emergencia sobre posesión y propiedad de las tierras comunitarias indígenas en noviembre de 2006. Ella generó grandes expectativas habiéndose establecido por un lado la suspensión de la ejecución de sentencias y actos de desalojo y por su parte que dentro de los tres primeros años el INAI debe llevar a cabo el relevamiento técnico-jurídico-catastral de las tierras ocupadas por las comunidades.

El incumplimiento efectivo sobretodo del segundo propósito, llevó a que el 18 de noviembre de 2010 el Congreso Nacional sancionara la ley 26.554 que prorroga la vigencia de aquella hasta el 23 de noviembre de 2013.-

#### **b.- Derecho internacional.**

b.- 1).- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.-

El art. XXIII textualmente dispone “Toda persona tiene derecho ala propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

b.- 2).- Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

El art. 21 dispone “Derecho ala propiedad privada. 1- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2.-Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Si bien ninguna de estas dos normas se refieren específicamente a los derechos de los pueblos indígenas contienen estándares debe evolución que se deben interpretar a la luz de la evolución que en materia de derechos humanos tenga el derecho internacional.

Por un lado, conforme **el principio pro homine** (art. 29 b de la Convención Americana) se prohíbe la interpretación restrictiva de los derechos que ella, por tanto han de tomarse en cuenta para una relación integral las normas contenidas en el

Convenio 169 de OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ha dicho en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “los tratados derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”<sup>5</sup>.

Y por su parte, **el principio de efectividad** que aplican tanto la Corte como la CIDH, llevan a que las diferencias de los miembros de los pueblos indígenas que los identifica conformando una identidad cultural específica respecto de la población general, deban ser tenidas en cuenta para asegurar una protección real.

b. 3.- Convenio nro. 169 de la OIT-

Este ha sido reconocido por nuestro país mediante el dictado de la ley 24.071.- Ha sostenido la CIDH en su informe 75/02 que éste “es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”<sup>6</sup>.

El convenio ha servido de importante referencia normativa para los diferentes procesos de reforma constitucional, legislativa e institucional en nuestro país.

b.4.- Otros tratados internacionales y resoluciones de sus órganos interpretativos-

También de aplicación por parte de la Corte y la CIDH de la doctrina del Comité de Derechos Humanos con relación al derecho de las minorías y libre determinación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup>; por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación a la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial<sup>8</sup>; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales respecto de distintas disposiciones del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>9</sup> y el Comité de Derechos del Niño en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>10</sup>.-

---

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No.79, párr. 146.

<sup>6</sup> CIDH.- Informe nro. 75/02, caso 11140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos) del 27 de diciembre de 2002, párr.127

<sup>7</sup> Comité de Derechos Humanos observación general 23 (1994) al art. 27 del PIDCP.CCPR/C/21/rev.1/Add.5 (1994) párr.7.

<sup>8</sup> Recomendación General XXIII sobre pueblos indígenas del CERD (1997) enuncia entre otras, las obligaciones de los Estados Partes de proteger las tierras y territorios indígenas, resaltando el derecho de dichos pueblos a “Poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”. CERD/C/51/Misc.23/ rev.1(1997), párr.5

<sup>9</sup> Observación General nro. 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo l del art. 11 del Pacto).

<sup>10</sup> Observación General nro. 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

Un instrumento que ha cobrado suma importancia, en punto a la propiedad indígena es la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A /61/295, 13 de setiembre de 2007.

Finalmente cabe mencionar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la CIDH en febrero de 1997, habiéndose decidido abrir un proceso de negociación para la búsqueda de consenso con la participación de pueblos indígenas. En el año 2006 el Grupo de trabajo abrió una fase final de “revisión” del texto del proyecto y actualmente se desarrollan las negociaciones sobre su contenido.-

### **c.- Interpretación**

A fin de compaginar ambos ámbitos normativos, el inc. 22 del art. 75 de la CN establece una fórmula primaria de validez que presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino también normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional.-

Así entonces, una norma jurídica es válida en el orden jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía.

Este conjunto normativo se reconoce doctrinariamente como Bloque de Constitucionalidad Federal.- Definido por Bidart Campos como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales<sup>11</sup>.

Y el mismo queda conformado por dos subsistemas, uno, el articulado constitucional, otro, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. A modo enunciativo diré que el número actual de instrumentos internacionales en este subsistema es de trece. Ocho convenciones, seis expresamente mencionadas en el texto constitucional: Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Adla, XLIV-B, 1250); Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) (Adla, XXVIII-B, 1832); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

---

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de la constitución y su fuerza normativa", Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 265-267.

la Mujer (CEFDM) (Adla, XLV-B, 1088); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTTPCID) (Adla, XLVII-A, 1481); y Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (Adla, L-D, 3693). Dos elevadas a la jerarquía constitucional por el Congreso federal (cfr. art. 75 inc. 22, párrafo tercero, CN): Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) (Adla, LV-E, 5862); y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH) (Adla, LV-E, 5909). Dos pactos a saber: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (Adla, XLVI-B, 1107). Un protocolo facultativo (perteneciente al nombrado PIDCP) (12). Por último, dos declaraciones: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), y Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

La mera existencia de una obligación internacional en materia de derechos humanos genera para el Estado que la asume la obligación de garantizar su cumplimiento, no se puede afirmar por un lado su cumplimiento inexcusable y por otro considerarlo como una simple obligación moral. Y la propia CSJN en el caso "Girolodi" (1995) ha dicho que la frase "en las condiciones de su vigencia" se refiere a: "tal como la Convención citada (CADH) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"<sup>12</sup>. Disponiendo así con qué alcance están vigentes los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Se consagra de este modo un principio de igualdad jerárquica, que a partir de 1994 es el principal principio hermenéutico de las normas básicas de referencia frente a posibles tensiones intra BCF entre los dos subsistemas que lo componen. Ambas configuran un bloque de legalidad, que no pueden excluirse mutuamente.

De la afirmación "tienen jerarquía constitucional" condiciona claramente la interpretación del párrafo siguiente: "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75 inc. 22, CN). No es entonces posible mantener primacía de la primera parte de la Constitución respecto de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sin contradecirla.

---

<sup>12</sup> CSJN, sentencia de 7 de abril de 1995, considerando 11, Fallos 318:554

El respeto por las culturas de los pueblos indígenas lleva implícito el de sus diferentes instituciones y sistemas jurídicos, aún cuando los mismos no consten en forma escrita atento tratarse de pueblos ágrafos por tradición. Ello es así porque la cultura incluye también un sistema de normas que debe concebirse como un todo integrado en el que cada uno de sus elementos es de algún modo dependiente del resto, y no puede modificarse uno sin que se altere el resto.

Es de suma importancia señalar que cuando hablamos de derecho internacional de los derechos humanos y su integración dentro del derecho argentino, no estamos haciendo solo referencia a la responsabilidad internacional del Estado si viola tales derechos, implica asimismo una obligación interna. Sino estaríamos sosteniendo que internamente me muevo con prescindencia de la norma. Sería equivalente a suponer que los tratados sobre derechos humanos tienen por objeto conferir vigencia internacional a esos derechos pero no vigencia en el derecho interno de los estados parte.

Los derechos declarados en un tratado son derechos destinados a gozarse y ejercerse dentro de cada estado que se hace parte del tratado. Es el derecho interno argentino el que, ensanchó su plexo de constitucionalidad de derechos humanos desde la ratificación de esos tratados, sobre todo después de la reforma de 1994.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su oposición consultiva (OC. 1/82) diseño los tratados de derechos humanos de la siguiente manera: “No son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten aun orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

El avance está en reconocerse como un país multiétnico y pluricultural, superando la tendencia hacia la asimilación y la homogeneización de la cultura nacional que pronunciaba su antecesor art. 67 inc. 15 de la C.N.

### **III.- DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS.-**

#### **Consideraciones generales.**

La CIDH ha sostenido que la relación especial habida entre los pueblos originarios y sus tierras significa que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son



componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”<sup>13</sup>. El territorio es importante no sólo porque la habitan y de él sacan recursos naturales, sino que es imprescindible para su cosmovisión, religiosidad y por ello, de su identidad cultural.

La integración con su entorno, con la naturaleza y su historia, es lo que los miembros de las comunidades indígenas van a transmitir a sus descendientes de una generación a otra, como patrimonio cultural inmaterial.

Es así que la falta de acceso a sus territorios ancestrales y la inacción estatal sobre el punto exponen a estos pueblos a condiciones de vida precarias y muchas veces infrahumanas en cuanto a tener posibilidades de alimentación, agua, vivienda digna, servicios básicos y salud y ello conlleva mayores índices de mortalidad y desnutrición, más vulnerabilidad a enfermedades. Es decir que tal desprotección atenta contra su derecho a la vida.

El derecho de propiedad es equivalente entre los pueblos originarios y no indígenas. Ello deriva del deber de no discriminación. Igualdad ante la ley, igualdad de trato y de no discriminación implican que los Estados establezcan mecanismos legales necesarios para aclarar y proteger efectivamente la propiedad comunal, igual que se protege el derecho de propiedad en general.

La Corte Interamericana de Derechos humanos ha caracterizado al derecho de propiedad como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman determinado pueblo indígena y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. Habiendo reiterado por su parte que también es un derecho colectivo cuyo titular es el pueblo correspondiente. Vale decir que la dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual.

Sería el territorio global de la comunidad que ésta posee colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación. Tienen una tradición comunitaria sobre un territorio que le pertenece a todo el grupo. Es la única manera de que quede debidamente asegurada la libertad indígena, esto es, a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo. Implica por tanto el reconocimiento de un título colectivo de propiedad sobre esas tierras. Por su parte el régimen jurídico

---

<sup>13</sup> CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH Caso Comunicad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C. No 146, párr.113 (b).

relativo a la distribución y uso específico de esas tierras comunales tiene que estar de acuerdo al propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esas comunidades. De otro modo, si no se respeta esa especificidad será como sostener que sólo hay una manera de usar y disponer de los bienes.

### **Fundamento de su reconocimiento.**

La propiedad territorial indígena es una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicional de las mismas y sus respectivos recursos; así como también por el sistema consuetudinario de tenencia de esas tierras. El territorio les pertenece por su uso y ocupación ancestral. Ello con independencia del reconocimiento estatal. Sería entonces preciso reconocer que como producto de la costumbre, la posesión de la tierra basta para que las comunidades que carezcan de un título de propiedad real sobre la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. De allí se sigue que aquellos pueblos que perdieron la posesión del territorio mantienen su derecho de propiedad y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras.

Estos derechos de propiedad no solo existen y deben ser reconocidos por parte del Estado, sino también respecto de terceros que pretendan ostentar títulos reales de propiedad sobre las mismas áreas.

### **Extensión del derecho de propiedad.**

Habrán casos en que la tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un solo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos y ello de ninguna manera puede afectar su reconocimiento y protección. Es indispensable entonces tomar el concepto amplio de tierra y de territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente por viviendas, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales y de subsistencia.

Es por eso que es necesario que se reconozcan y protejan sistemas productivos basados en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal de los cultivos, junto con la rotación y los descansos de las mismas, entre otras posibilidades. Desconocer ese tipo de explotación, implicaría considerar que ellos equivalen al abandono de la tierra. Esos sistemas tradicionales de uso del territorio son esenciales para el bienestar individual y colectivo y por ende para la supervivencia de los pueblos indígenas, dado que el control sobre la tierra se refiere a la capacidad de brindarle recursos para el sustento a la comunidad de que se trate, y también del espacio

geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo. En este sentido hay que prestarle particular importancia a los pueblos nómades y agricultores itinerantes, ello enfatizado por el art. 14.1 del Convenio 169 de la OIT. Dentro de las normas internacionales, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho de la personas pertenecientes a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, en conformidad con los otros miembros del grupo. El derecho a la cultura incluye formas y modalidades distintivas de usar los territorios tales como las actividades tradicionales de pesca, caza y recolección en tanto elementos esenciales de la cultura. También esta compleja noción del derecho de propiedad de los pueblos originarios se refleja en la Declaración de Naciones Unidas, en virtud de la cual “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 otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (art. 26.2).

Para identificar ese territorio tradicional de determinado pueblo o comunidad se examinan pruebas de ocupación y uso histórico de los mismos; el desarrollo de prácticas ancestrales, su subsistencia, rituales; de la toponimia de la zona en el lenguaje de la comunidad y estudios y documentación técnicos, teniéndose siempre en consideración que “el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la Comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia Comunidad” (Corte IDH caso Comunidad Indígena Yakye Axa del 24-8-2010 cit.).

Los estados están obligados entonces a otorgar gratuitamente extensión y calidad suficiente para conservar y desarrollar su modo de vida. Y cómo se hace ese cálculo? Garantizándoseles el ejercicio continuo de actividades de las cuales va a derivar su sustento y de las depende la preservación de su cultura. Esta es una recomendación que ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe nro. 73/04 respecto del caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya de Paraguay.

Sería por ejemplo una situación especial en este sentido la de los pueblos cazadores y recolectores, caracterizados por su residencia itinerante. Otro ejemplo son los pueblos que viven en aislamiento voluntario, o pueblos plurinacionales, aquellos que estén en riesgo de desaparición, nómada o seminómadas, pastores, agricultores itinerantes.

### **Certeza jurídica del derecho de propiedad.**

Siendo el primer paso en su establecimiento y defensa real, es la demarcación y registro legal de las tierras indígenas. Y lo enmarco sólo como un primer paso en punto a que esa propiedad y posesión efectiva puede verse amenazada de una forma más o menos continua, usurpada o reducida por diferentes acciones, que pueden provenir del propio Estado o de terceros.

Debiendo tal procedimiento ser efectivo, atendiendo a las especiales características de cada pueblo, para no generar incertidumbre. Hacerlo en el arco de la legislación agraria existente, propugnaría el reparto de la tierra siguiendo criterios de proporcionalidad y rendimiento económico, que no necesariamente son acordes con sus características propias.

Y el Estado no puede excusarse en la complejidad del asunto al ser un deber que pesa sobre él; debiéndose llevar a cabo con la plena colaboración de los pueblos respectivos. Todas las fases relativas al procedimiento, incluso su creación deben llevarse a cabo con su participación de quienes son los directamente afectados, en cuanto titulares del derecho de propiedad comunal. Para ello tomar en cuenta las prácticas tradicionales de uso de la tierra y el sistema consuetudinario de tenencia de las mismas y establecer de este modo sus fronteras.

La demarcación debe hacerse sin retardo, ello para evitar conflictos con terceros por causa de la propiedad de la tierra, debiéndose cumplir con los lineamientos de protección territorial provisional mientras están pendientes los procesos.

El proceso de garantía no concluye con la las tierras han sido demarcadas y se otorgó el título de propiedad, es preciso además que se acompañe de la instalación de servicios básicos para las comunidades y su asistencia para el desarrollo. Servicios tales como salud, educación, sanitarios y protección de sus derechos laborales y de seguridad social, especialmente protegiendo su hábitat.

### **¿Cómo puede verse afectada la seguridad jurídica?**

- cuando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales. Mecanismos idóneos a tal fin podrían ser la adopción de garantías jurídicas tales como la indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas.
- Cuando el Estado impone extinciones o reducciones arbitrarias. Para ello habría que requerir la consulta previa y obtener el consentimiento del pueblo respectivo a fin de adoptar cualquier tipo de decisión que pueda

jurídicamente afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena. En este sentido el Estado debe garantizar la igualdad de trato a todos sus miembros, en el sentido de dar cumplimiento a los requisitos generales establecidos para la expropiación, incluida la compensación justa.

- Cuando el reconocimiento del derecho de propiedad está sustituido por otras figuras, tales como las concesiones forestales, que otorgan derechos limitados y revocables. Esto implicará un simple privilegio para usar la tierra y no se le estaría garantizando el uso y goce permanente de su territorio. En este caso el goce y uso permanente debe estar resguardado, tanto respecto del propio Estado como de terceros.
- Cuando se crean nuevos municipios ubicados total o parcialmente en tierras reclamadas o incluso demarcadas como áreas indígenas por decisiones de autoridades estatales. Esto no solo limita la soberanía indígena reconocida constitucionalmente sino que también genera una fuente de fricción entre las autoridades indígenas y municipales.

#### **IV. OBLIGACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO.-**

El Estado tiene el deber de promover y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Así el derecho internacional consagrado constitucionalmente determina explícitamente que inclusive han de adoptarse las “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos” (arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Ahora bien, una legislación jurídicamente favorable “por si sola no puede garantizar los derechos de estos pueblos”<sup>14</sup>. Los estados tienen que implementarlos con una práctica efectiva de las normas constitucionales, legales y reglamentarias dentro del derecho interno para así asegurar el goce real y efectivo de los mismos.

Que las disposiciones de derecho interno sean efectivas significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención realmente sea cumplido. Es el principio del *effet utile*. Que exista un marco jurídico favorable no es suficiente, si no está acompañado de políticas y acciones del estado que

---

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C Nro. 79, párr.154.

controlen el efectivo cumplimiento de las normas al que Estado de manera soberana se obligó.

Sin hesitación nuestro Estado se ha comprometido a la garantía de un eficaz, libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, y los pueblos indígenas lo tienen específicamente en relación a sus derechos territoriales. Concretamente el artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que el Estado está obligado a respetar y garantizar “a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. El incumplimiento de esa obligación por la acción u omisión de cualquier autoridad pública puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado.”<sup>15</sup>

La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación que históricamente han sufrido en sus derechos humanos. Obligación estatal positiva de adoptar medidas especiales y que se acentúa cuando se trata de niñas y niños o de las mujeres, naturalmente más expuestas. Y ello no implica discriminación, ya que atento las particularidades que le son propias, para hacer efectivos sus derechos necesitan de una especial contención. Para ello es preciso tomar en cuenta la forma de vida indígena, que es única.

Ello va a implicar necesariamente el deber de que las medidas estatales orientadas a proteger derechos humanos de los pueblos indígenas y promover su inclusión social deban partir de completos diagnósticos sobre su situación real y la complejidad del asunto, así como la escasez de recursos no excusa de su falta de cumplimiento o de que el mismo sea defectuoso.

A modo de enunciación es preciso sentar que en condiciones de vulnerabilidad de las comunidades originarias el Estado tiene obligación de:

- adoptar medidas URGENTES para garantizar el efectivo acceso a sus territorios.
- garantizar a sus miembros el acceso a condiciones de vida dignas, mediante la provisión inmediata de bienes y servicios respecto de la alimentación, agua, vivienda, salud y educación.
- adoptar medidas CAUTELARES de protección de los territorios ante cualquier acto que signifique una pérdida del derecho mientras se lleva a cabo la restitución.

---

<sup>15</sup> CIDH, Informe nro. 40/04, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) del 12 de octubre de 2004, párr.114.-

- garantizar el acceso de los miembros de las comunidades a la justicia, en virtud de tratarse de víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

#### **V.- IMPORTANCIA DE LA LABOR JUDICIAL.-**

Finalmente y luego de advertir cuál es el compromiso estatal y la implicancia en su responsabilidad internacional que acarrea el incumplimiento eficaz, hasta el momento, de lo que ha sido la garantía constitucional aludida, cabe destacar la importancia de la labor de los jueces llevando a cabo la interpretación armónica en el marco de derechos humanos a que da lugar el bloque federal de constitucionalidad.

Hasta que se efectivicen las reales adecuaciones reglamentarias respectivas, adecuando normativas de jerarquía inferior el rol judicial es de vital importancia.

Es preciso destacar que la validez axiológica de los bienes jurídicos en juego, tales como identidad, particularidades culturales, pautas idiosincrásicas, ancestrales valores consuetudinarios enraizados en la estructura familiar, social y religiosa de cada comunidad étnica, exige que el Estado actúe de manera responsable y que no limite únicamente a plasmar normas que no están acompañadas de soluciones específicas en el plano fáctico.

Cambiar palabras por hechos. La tarea es garantizar la vigencia sociológica y cumplir el cometido axiológico de las normas, y evitar de mal manera la recreación de frustraciones e injusticias.

Derecho a la propiedad privada es igual que decir derecho al uso y goce de los bienes. Y es igual entre personas indígenas y no indígenas y el derecho interno no alcanza a posibilitar la igualdad de oportunidades entre desiguales. No existe legislación especial que lo haga efectivo. Tener acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo es de especial importancia en relación con el goce de sus derechos humanos, dada las condiciones de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran por razones históricas y por las circunstancias sociales actuales. Ello está establecido en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos contra actos violatorios de derechos fundamentales. Y es sabido que para que el recurso eficazmente exista no basta con que lo reconozca la Constitución o una ley, o con que sea formalmente admisible, es preciso que sea realmente idóneo para restablecer el derecho humano violado en caso de que exista y proveer lo necesario para remediar la situación.

La protección judicial debe ser oportuna. Esto implica que se lleve a cabo en un plazo razonable que tome en cuenta: la complejidad del caso, la actividad procesal de la parte interesada, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la

situación jurídica de la persona involucrada por el transcurso del tiempo. La demora injustificada evidentemente configura una violación del derecho de protección judicial enunciado.

También es necesario asegurar un procedimiento efectivo que de una solución definitiva a la reclamación planteada por los miembros de la comunidad correspondiente. Para ello debe adoptar medidas afirmativas.

Para que los jueces llamados a resolver conozcan de las cuestiones judiciales relativos a sus derechos territoriales y decidan sin discriminación y teniendo en cuenta su calidad de pueblos indígenas al dictar su sentencia, deben estar debidamente capacitados sobre los derechos que emanan del uso y posesión de dichas tierras ancestrales, así como de su derecho consuetudinario, atento que su desconocimiento implica necesariamente el cercenamiento significativo de una revisión integral del respeto de sus derechos. Así será posible una debida motivación de las decisiones judiciales. De otro modo las decisiones no proveen una reparación adecuada de los derechos conculcados.

## **VI. EPILOGO.**

Surge entonces con palmaria evidencia que la omisión por parte de cualquiera de los poderes del Estado de respetar los derechos y la identidad de los pueblos originarios, no solamente entraña una violación a la normativa interna (ley 26160 y 26554), sino también es susceptible de general responsabilidad internacional (conf. art. 75 inc. 22 de la C.N. y jurisprudencia citada).

Siendo trascendente en este punto señalar que es de obligatorio seguimiento atento la importancia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos para la opción axiológica del Estado argentino, al menos desde el plano normativo, y mientras no se termine de legislar debidamente,- a través por ejemplo de la reforma del Código Civil-, lo que conlleva a que tengan especial valor los informes, fallos, opiniones consultivas, etc. Dados por los organismos internacionales de protección de los mismos sobre las pautas de favor libertatis y pro homine, criterio hermenéutico que conlleva a aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos y acudir a la más acotada cuando hay que establecer restricciones a su ejercicio.

La importancia entonces de la norma constitucional debe ir acompañada por la dimensión sociológica en la que su aplicación cobre eficacia y la axiológica que conlleve a que esa eficacia tenga fundamento valorativo.



No puede hablar de real efectividad de la misma si se niega a los pueblos originarios su participación en la organización del estado democrático como organizaciones socio históricas y políticas diferentes, y claramente se determinen mecanismos de articulación entre autoridades indígenas y el Estado Nacional, asegurando por su parte la plena participación de aquellos en los procesos de elaboración de las normas que involucran el eje central de sus derechos.

Se impone entonces la necesidad de coordinar el derecho consuetudinario de esos pueblos con la normas positivas del Estado, ya que aquel se liga a elementos intrínsecos de su identidad étnica y cultura. Exhortando en este punto la comprometida labor de mesa jurisdiccional para coordinar los valores en juego, esto es, por una parte los derechos de los pueblos originarios que exigen respeto a partir del texto constitucional y la necesidad del ejercicio de los poderes estatales. Labor judicial que compatibilice los principios y garantías constitucionales de ambos lados.

Y no se trata de privilegiar el origen étnico, quebrando la garantía de igualdad, sino de aplicar la regla de que a quienes se encuentran en circunstancias diferentes no puede tratárselos igualitariamente, porque ello implicará que en vez de igualdad se imponga desigualdad.

Recordando consecuentemente que normas que garantizan el derecho a la identidad y a la diferencia no equivalen a privilegio.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> BIDART CAMPOS, El derecho constitucional humanitario, Ediar, Buenos Aires, 1996, pág. 171.-