



ENDEPA
EQUIPO NACIONAL DE PASTORAL ABORIGEN



INFORME ESPECIAL Nº5

DESDE LEJOS VENIMOS Y HACIA MÁS LEJOS CAMINAMOS

APORTES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, EL RACISMO
Y LA ESTIGMATIZACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



DESDE LEJOS VENIMOS
HACIA MÁS LEJOS CAMINAMOS

**PAUTAS NECESARIAS
EN UNA LEY DE
PROPIEDAD
COMUNITARIA
INDÍGENA
EN ARGENTINA**

Juan Manuel Salgado¹

Puesto que se está debatiendo la redacción de una Ley de Propiedad Comunitaria Indígena, entiendo que es necesario hacer un resumen de aquellos contenidos mínimos que debe tener una legislación en esta materia para resultar adecuada a los estándares internacionales de derechos humanos que son de aplicación obligatoria en nuestro país.

La República Argentina ha incorporado en la Constitución Nacional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida también como “Pacto de San José de Costa Rica”), por lo que resulta necesario reseñar la jurisprudencia sobre la Propiedad Comunitaria Indígena, elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es el órgano máximo competente para interpretar y aplicar aquella Convención.

DESDE EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

La Convención Americana no deja su contenido a la interpretación que de ella hagan los Estados adheridos, sino que establece dos órganos con competencia para determinar su cumplimiento. Estos órganos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.² Esta última, por otra parte, es la que tiene jurisdicción final sobre la forma en que los Estados deben cumplir con la Convención.

La Corte Suprema argentina desde 1992 estableció que la aplicación de la Convención Americana por dichos órganos debe guiar su interpretación en el ámbito interno.³ Luego extendió este criterio a la generalidad de los tratados de derechos humanos, señalando que su aplicación e interpretación debe hacerse conforme lo indican los órganos y tribunales que cada uno de ellos establece al respecto.

Numerosos organismos internacionales a cargo de la aplicación de los tratados de derechos humanos han establecido reglas respecto de los derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, por razones de brevedad

vamos a enfocar este trabajo exclusivamente en las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que a nuestro entender ellas cubren íntegramente todas las cuestiones referidas a la propiedad comunitaria indígena que deben ser materia de respeto por el Estado.

Al final de este trabajo se mencionarán los fallos relacionados con el tema, comenzando por el último de ellos, dictado el 5 de febrero de este año (2018) en el caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”. Todos ellos pueden consultarse en la página web de la Corte Interamericana en donde se encuentran los textos íntegros de las sentencias.⁴

DESDE EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de Comunidades Indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha tomado en cuenta el Convenio Nro. 169 de la O.I.T. a la luz de

las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención”. Así, a partir del año 2001 ha considerado que el artículo 21 de la Convención protege el derecho de propiedad “en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las Comunidades Indígenas en el marco de la propiedad comunal” y que “el derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las Comunidades Indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.⁶

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

“1) la posesión tradicional de los Indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;

2) la posesión tradicional otorga a los Indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;

3) los miembros de los Pueblos Indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;

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

¹ El autor es ex asesor de ENDEPA, director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, profesor de Filosofía del Derecho Univ. Nac. de la Patagonia San Juan Bosco, defensor Público Penal en Trelew, Chubut, ex Decano de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales Univ. Nac. del Comahue, ex Juez Penal Pcia. Neuquén, ex Fiscal Federal.

² Así lo dispone el artículo 33 de la Convención.

³ Desde los casos “Ekmekdjian” (1992), fallos: 315:1492, y “Giroldi” (1995), fallos: 318:527. Respecto de los Pueblos Indígenas este criterio se aplicó en “Comunidad Eben Ezer” (2008), Fallos: 331:2119.

⁴ www.corteidh.or.cr

⁵ Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafo 117. La referencia es al Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso Nacional en nuestro país mediante ley 24.071 y ratificado en el año 2000.

⁶ Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafos 148 y 151.

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

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

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

8) el Estado debe garantizar el derecho de los Pueblos Indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales.”⁷

Se señaló además que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de Pueblos Indígenas para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra, y que la falta de una delimitación y demarcación efectiva de los límites del territorio puede crear un clima de incertidumbre permanente que se contradice el principio de seguridad jurídica.⁸

POSESIÓN TERRITORIAL

También se ha aclarado que la referencia a la “posesión” de los Pueblos Indígenas no se identifica con el concepto que el derecho interno que cada país designa con ese nombre, puesto que se trata de una relación con las tierras necesaria para preservar el legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁹ Como sostuvo la Corte Interamericana, “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia a ésta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 para millones de personas”.¹⁰ Por su parte la Comisión Interamericana interpreta que el derecho de propiedad incluye “el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo

de los territorios y bienes”.¹¹

Con respecto a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo, la Corte Interamericana ha tomado en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena de que se trate y de las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.¹²

Al determinar que la Convención Americana protege los derechos de los Pueblos Indígenas a la propiedad de las tierras que ocupan e incluso de aquellas de las que fueron despojados, la Corte Interamericana consideró la situación de los casos en que estos derechos puedan colisionar con particulares, quitando la solución del ámbito del derecho privado en donde los Estados (tal como ocurre aquí) suelen plantearla pues “la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares”.¹³

En la sentencia del caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”¹⁴ la Corte Interamericana trató extensamente la cuestión y a ella se remitió en los fallos posteriores. Allí sostuvo que “tanto la propiedad privada de los

particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”.¹⁵ “Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”.¹⁶ “Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.¹⁷ “Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista, en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21 de la Convención”.¹⁸

7 Caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”, párrafo 117.

8 Idem, párrafos 117, 118 y 119.

9 Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, párrafo 149.

10 Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, párrafo 120.

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

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

13 Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, párrafo 136.

14 Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 143 a 156.

15 Párrafo 143.

16 Párrafo 144.

17 Párrafo 147.

18 Párrafo 148. Recientemente y después de largas gestiones el parlamento de Paraguay sancionó la ley de expropiación que favorece a las comunidades que demandaron la restitución de tierras ante la Corte Interamericana.

PRINCIPIOS BÁSICOS EN RELACIÓN A TIERRAS - TERRITORIOS INDÍGENAS

En síntesis, los principios básicos establecidos en las normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en relación a las Tierras y Territorios Indígenas pueden resumirse del siguiente modo:

- La cultura de los miembros de las Comunidades Indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque forman parte de su cosmovisión, religiosidad y por ende, de su identidad cultural.¹⁹

- La posesión tradicional indígena sobre sus tierras tiene los mismos efectos que el título de propiedad y obliga a los Estados a su reconocimiento y a su demarcación, delimitación y titulación.

- El concepto de posesión tradicional se desprende del propio derecho consuetudinario indígena y abarca las versiones específicas de uso, usufructo y goce de los bienes, dadas

por la cultura de cada Pueblo.

- Los Pueblos Indígenas que por causas ajenas a su voluntad han perdido total o parcialmente la posesión de sus tierras tradicionales tienen derecho a recuperarlas mientras se mantenga la relación material y espiritual con ellas.

- Los conflictos entre los derechos de los Pueblos Indígenas y los derechos de particulares deben ser resueltos por los Estados mediante el pago de justas indemnizaciones, atendiéndose a que la especial relación que mantienen los Indígenas con sus tierras sobrepasa el mero interés económico.

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

- Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (5 de febrero de 2018)

- Caso de Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (25 de noviembre de 2015)

- Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (8 de octubre de 2015)

- Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (8 de octubre de 2015)

- Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (14 de octubre de 2014)

- Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (20 de noviembre de 2013)

- Caso Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012)

- Caso de la Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay (24 de agosto de 2010)

- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (12 de agosto de 2008, sentencia de interpretación)

- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007, sentencia de fondo)

- Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (29 de marzo de 2006)

- Caso Yatama vs. Nicaragua (23 de junio de 2005)

- Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (17 de junio de 2005)

- Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (15 de junio de 2005)

- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (31 de agosto de

2001)

- Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam (10 de septiembre de 1993)

Un extenso estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema de los derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras y recursos naturales se encuentra en:

<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Un estudio que resume la jurisprudencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se encuentra en:

http://alianzasierramadre.org/images/en/downloads/convenio_discriminacion_social.pdf

Sobre el Convenio 169 de la OIT se puede consultar el siguiente libro:

https://justiceprojectdotorg1.files.wordpress.com/2017/08/ilo_argentina_text.pdf

¹⁹ Caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", párrafo 135 y caso "Pueblo Saramaka vs. Surinam", sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 120.