



Centro de Derechos Humanos
DERECHO - UBA

AMICUS CURIAE

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación de Comunidades
Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina

PRESENTADO POR

CLÍNICA JURÍDICA DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Clínica Jurídica (“Clínica”) del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (“CDH”), representada en este acto por el Dr. Martín Sigal, Director del CDH y docente de la Clínica, y por la Dra. Maria Noel Leoni Zardo, docente de la Clínica, con domicilio en Av. Figueroa Alcorta 2263, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina (cdh@derecho.uba.ar), respetuosamente nos presentamos ante esta honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de presentar un escrito como Amicus Curiae en los siguientes términos:

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

Por medio del presente, solicitamos ser tenidos en cuenta como Amicus Curiae en el marco del Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, en trámite ante esta honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”).

El caso bajo estudio tiene mucha relevancia, puesto que representa el primer caso sobre comunidades indígenas en Argentina en llegar a la Corte IDH. Pese a ello, las violaciones de derechos que el caso evidencia no son aisladas, ya que en gran medida los obstáculos enfrentados por las comunidades demandantes para ejercer su derecho al territorio ejemplifican la realidad de centenas de otras comunidades indígenas del país¹.

¹ Mapa de Amnistía Internacional sobre conflictos de los territorios de los Pueblos Indígenas en Argentina, http://territorioindigena.com.ar/?tipo_conflicto=1; Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2; Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas en Argentina, elaborado por el Parlamento de Naciones Originarias, el Observatorio en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas (ODHPI), Abogados y Abogadas del Norte Argentino en Derechos Humanos (ANDHES), la Red Agroforestal Chaco Argentina (REDAF), la Asociación de Abogados en Derecho Indígena (AADI), Acompañamiento Social de la Iglesia Anglicana del Norte Argentino (ASOCIANA), la Asociación Civil por los derechos de los Pueblos Indígenas (ADEPI-Formosa), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Junta Unida de Misiones (JUM-Chaco), la Secretaría Nacional de Pueblos Originarios de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Equipo Nacional de la Pastoral Aborígen (ENDEPA), OCLADE (Obra Claretiana para el Desarrollo) y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Salta, para la evaluación sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en Argentina, en el marco de la presentación del quinto informe periódico ante el Comité de Derechos Humanos 117° período de sesiones, mayo de 2016; Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017. Accesible mediante:

De hecho, el ex relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas advirtió hace años que “[l]a mayoría de las comunidades indígenas del país no cuentan con un “reconocimiento legal de sus tierras acorde a sus formas de uso y ocupación tradicional”².

Nuestra intención con el presente Amicus es profundizar en el análisis de uno de los principales factores que obstaculiza el goce de derechos por parte de las comunidades indígenas, y que también está presente en el caso bajo estudio. Esto es, la inadecuación de la normativa federal respecto de los estándares internacionales. En este sentido, el objeto del documento es acercar a la Corte IDH un análisis que demuestra que la normativa federal argentina no respeta ni garantiza los derechos de las comunidades indígenas a obtener un reconocimiento de su personería jurídica y de acceder a sus tierras. La relevancia y finalidad de este análisis es persuadir a la Corte IDH de que, sin la adecuación de la normativa federal, difícilmente pueda Argentina evitar que casos como el de las comunidades representadas por Lhaka Honhat se repitan.

Con ese propósito, y ante la posibilidad de que la Corte IDH determine la responsabilidad internacional del Estado en el caso, esperamos que este Amicus contribuya con la identificación de reparaciones que resulten efectivas para la reparación integral de las violaciones y la no repetición de los hechos.

<https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>; Informe sobre la Situación de los niños, niñas y adolescente indígenas en Argentina, elaborado por el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) para el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, abril 2018, p. 4. Disponible en:

<http://www.endepa.org.ar/contenido/SITUACION-DE-LOS-NIÑOS-NIÑAS-Y-ADOLESCENTES-INDIGENAS-EN-ARGENTINA-2018-ENDEPA.pdf>; Informe sobre el acceso a los DESC por parte de comunidades campesinas e indígenas en la Argentina, elaborado por Movimiento Nacional Campesino Indígena (MNCI), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria y Abogados y abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (Andhes) para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ARG/INT_CESCR_CSS_ARG_32412_S.pdf; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 1 de noviembre de 2018, E/C.12/ARG/CO/4, párr. 18 y 19; https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/08/final2.pdf?utm_source=Prensa&utm_campaign=5ccb7e64e9-EMAIL_CAMPAIGN_2017_08_09&utm_medium=email&utm_term=0_a60e315cac-5ccb7e64e9

² Naciones Unidas, Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 21.

II. MOTIVACIÓN DEL AMICUS

La Clínica tiene por objeto contribuir a la justicia respecto a temas de interés social, internacional y nacional, en asuntos que involucran presuntas vulneraciones a derechos humanos. A raíz de esto, estudia la resolución de casos o proyectos considerando el valor pedagógico, el posible impacto social, y el acceso o la ampliación de derechos fundamentales.

El Amicus Curiae cumple con los objetivos de la Clínica, al tener por fin evaluar el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas en Argentina, en particular, su derecho a obtener el reconocimiento de su personería jurídica de acceder a sus territorios.

Para elaborar este Amicus Curiae se formó un grupo específico con jóvenes abogadas y estudiantes de la facultad de derecho de la UBA, integrado por: María Barraco, María Julieta Del Valle, Catalina Ledebur, y Sofía Pozzoli. Durante el proceso de desarrollo del Amicus, se generaron instancias de debate con los demás integrantes de la Clínica y de supervisión y asesoría por el equipo docente, y personas expertas en los temas abordados³.

III. ESTRUCTURA DEL AMICUS

En primer lugar, argumentaremos los motivos por los cuales la normativa federal resulta un punto de análisis clave, tanto para dimensionar las violaciones de derechos que sufren las comunidades indígenas, como para procurar la reparación integral de las violaciones y la no repetición de los hechos (Acápito IV).

En segundo lugar, se presentará una síntesis de la normativa federal relevante en materia de acceso a la tierra y reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas (Acápito V).

³ Las Dras. Silvina Zimmerman y Silvina Ramírez, ambas profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA y expertas en la temática, contribuyeron con el presente Amicus Curiae realizando comentarios a versiones anteriores del documento.

En tercer lugar, se contrastará dicha normativa federal con los estándares derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”) y la jurisprudencia constante de la Corte IDH (en adelante, los “Estándares Interamericanos”) (Acápito VI). Así, se demostrará que (i) la situación legislativa actual vulnera el derecho de las comunidades a obtener el reconocimiento de su personería jurídica (Acápito VI. a), (ii) no existe actualmente un mecanismo que garantice a las comunidades indígenas la posibilidad de reclamar y reivindicar sus territorios (Acápito VI. b y c), y (iii) el Estado Argentino no cumple con su obligación de delimitar, demarcar, titular y entregar los territorios a las comunidades (Acápito VI. c).

Como conclusión, se enfatizará la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones referidas, y se sugerirá el dictado de una reparación que modifique esta situación general y estructural (Acápito VII).

IV. RELEVANCIA DE LA NORMATIVA FEDERAL CON RELACIÓN AL ACCESO A TIERRAS DE COMUNIDADES INDÍGENAS

Argentina está organizada políticamente como una República Federal, con un gobierno federal y 23 gobiernos provinciales⁴. En consecuencia, y como es natural en una organización política de este tipo, existen diversas jurisdicciones, normativas e instituciones que establecen y regulan los derechos de las personas, comunidades y colectivos que viven en el territorio del país.

En este marco, tanto la normativa interna, como la CADH, establecen el rol fundamental de la normativa federal (que a los efectos de este Amicus incluye la Constitución Nacional, la legislación federal y su interpretación jurisprudencial, y denominamos en adelante “Normativa Federal”) como herramienta para garantizar que la normativa, reglamentación y prácticas que resulten de la actuación de las distintas Provincias respeten y protejan los derechos fundamentales.

En el marco de la normativa interna, esto se encuentra garantizado por el principio de supremacía constitucional, que establece que la Constitución Nacional, las leyes

⁴ Constitución Nacional, artículo 1.

dictadas por el Congreso Nacional, y los tratados con potencias extranjeras constituyen la “Ley Suprema”, estando todas las Provincias obligadas a ajustarse a ella⁵. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) ha entendido que la legislación federal dispone los contenidos mínimos – “pisos” – que condicionan a las Provincias y les prohíbe establecer regulaciones menos protectorias. Así, respecto a los derechos de las comunidades indígenas, la CSJN ha establecido que “*las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares normativos a los que se ajusta el gobierno federal*”⁶. En ese sentido, la Normativa Federal constituye la guía de contenidos mínimos que las Provincias deben considerar, al momento de ejercer sus facultades, con el objeto de no contradecirla ni disminuirla.

Es relevante además tener en cuenta que en Argentina, tal como lo establece la Constitución Nacional, la competencia para garantizar los derechos de los pueblos indígenas puede ser ejercida de forma concurrente entre el Gobierno Federal y las Provincias⁷. En consecuencia, la Constitución Nacional establece que debe necesariamente existir cierta articulación entre las diversas entidades que ejercen esta competencia a nivel federal y provincial, aunque no establece con claridad cómo ésta debe darse. En cualquier caso, una interpretación conteste con el principio de supremacía constitucional mencionado arriba lleva a concluir que, tanto el proceso como el resultado

⁵ Constitución Nacional, artículo 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

⁶ CSJN, *Confederación Indígena del Neuquén el Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, sentencia del 10 de diciembre de 2013, considerandos 7 y 10. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7074831&cache=1553774938137>

⁷ Constitución Nacional, artículo 75 inc. 17: “Corresponde al Congreso: (...) *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*”.

de esta coordinación debe respetar los pisos mínimos que surgen de las obligaciones internacionales y la Normativa Federal⁸.

En este sentido, contar con una Normativa Federal que respete y se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos de los pueblos indígenas es fundamental, ya que de ella se derivan los mínimos que deben respetar las Provincias y los procesos por los cuales se ejercen y garantizan los derechos. Sin embargo, y como desarrollaremos en detalle en las siguientes subsecciones, la Normativa Federal no cumple con estas expectativas, favoreciendo con ello violaciones de derechos de las comunidades indígenas en todo el país.

En lo sustantivo, la Normativa Federal no se ajusta a los estándares internacionales y las obligaciones constitucionales, y por lo tanto no sirve como piso mínimo adecuado, o como guía para evitar que las normativas provinciales violenten los derechos. En lo procedimental, la Normativa Federal falla porque no establece mecanismos efectivos para el ejercicio de competencias concurrentes entre el Estado Federal y las Provincias, lo que vuelve las normas ineficaces y convierte a la exigencia de coordinación en un obstáculo para el ejercicio efectivo de derechos. De hecho, ante la ausencia de normas que establezcan un mecanismo efectivo de coordinación, la CSJN ha determinado recientemente que el ejercicio de competencias concurrentes en materia de pueblos indígenas exige la necesidad de pleno acuerdo entre las autoridades federales y provinciales o, en su defecto, la necesidad de que ellas sometan la decisión a procesos judiciales complejos, costosos y largos, que para nada favorecen o priorizan los derechos de las comunidades indígenas.

⁸ “Que la concurrencia de atribuciones no otorga poder al gobierno federal para sustituir al provincial en los actos de legislación y administración relacionados con las personas y las cosas que caen bajo su jurisdicción territorial, siempre que este último se mantenga dentro de su órbita propia y atento a las prioridades establecidas en el arto 31 de la Constitución” y “Que, en síntesis, son tanto la autoridad local como la nacional quienes cuentan con la jurisdicción concurrente para decidir sobre el registro y reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades que se encuentran asentadas en el territorio provincial, función esta que debe ser cumplida con la debida adecuación a las normas superiores del ordenamiento federal”, CSJN, *Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*, sentencia del 11 de septiembre de 2018, considerandos 6 y 11 respectivamente. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7475142&cache=1553775799935>

Desde el punto de vista de la normativa internacional, y especialmente de la CADH, las deficiencias y omisiones de la Normativa Federal no sólo se traducen en las violaciones sustantivas de derechos que analizaremos a continuación, sino también en la existencia de un marco normativo y un rol del Estado Federal que no se condice con las estipulaciones del artículo 28 de la CADH (Cláusula Federal). Dicha disposición establece el deber del Estado Federal de cumplir con todas las disposiciones de la CADH en las materias en las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial (inc. 1), y de *“tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de [las entidades provinciales] puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la presente Convención”* (inc. 2). En la materia que nos compete, como mínimo esto significa que, bajo el inciso 1, el Estado Federal debe garantizar que la Normativa Federal implementa y garantiza los derechos establecidos en la CADH, y que, bajo el inciso 2, vele porque las medidas que adopte para lograr la efectividad de los derechos en todo el territorio - en este caso principalmente a través de la coordinación y ejercicio concurrente de competencias con las Provincias - tienden efectivamente a este fin y no generan violaciones adicionales. Esta no es la situación en Argentina. Además de los aspectos mencionados antes, se constatan varias instancias de reconocimiento explícito por parte de autoridades del Estado Federal respecto a la inexistencia de normas y mecanismos que puedan garantizar los derechos de los pueblos indígenas en todo el territorio. Sin embargo, nada ha hecho hasta el momento para solucionarlo.

En este sentido, si bien la coyuntura en cada Provincia varía caso por caso, lo cierto es que (i) la estructura federal del Estado argentino y las exigencias de la Cláusula Federal de la CADH, (ii) la naturaleza concurrente de las facultades entre del Estado Nacional con los Estados Provinciales en la materia que nos ocupa, y (iii) el valor de la Normativa Federal que opera como un piso mínimo de protección de derechos que la legislación provincial debe respetar, hacen que resulte imperativo adecuar la normativa federal a los estándares internacionales a fin de promover el efectivo respeto de los derechos de las comunidades indígenas de todo el país.

La Corte IDH debería tener en cuenta estas consideraciones al momento de definir posibles garantías de no repetición en el caso concreto, ya que en gran medida varias de las violaciones evidenciadas en el caso se producen por lo inadecuado, caótico e ineficaz de la Normativa Federal y de los procesos de coordinación entre el Estado Federal y las Provincias. Por ese motivo, difícilmente pueda el Estado evitar la repetición de los hechos si no ajusta la Normativa Federal y los mecanismos necesarios para su implementación a los Estándares Interamericanos.

V. LA NORMATIVA FEDERAL ARGENTINA Y SU INADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS.

El sistema jurídico argentino otorga jerarquía constitucional a los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo su preexistencia étnica y cultural⁹. Particularmente, se establece que el Congreso de la Nación deberá “*reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*”¹⁰. Como fue establecido, dicha atribución se ejerce de modo concurrente con las Provincias, debiendo éstas, en todo caso respetar los pisos mínimos establecidos en la Normativa Federal¹¹.

Por otra parte, el Estado ha asumido obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas mediante la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos. Muchos de estos tratados tienen jerarquía constitucional, incluyendo la CADH¹².

Además, el Estado ha ratificado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (“Convenio 169”)¹³, al que le ha otorgado jerarquía infraconstitucional, aunque

⁹ Constitución Nacional, artículo 75 inc. 17.

¹⁰ Constitución Nacional, artículo 75 inc. 17.

¹¹ Constitución Nacional, artículo 75 inc. 17.

¹² También se encuentran allí incluidos, entre otros, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ver en este sentido, Constitución Nacional, artículo 75 inc. 22.

¹³ Ley 24.071, promulgada de hecho el 7 de abril de 1992, entrada en vigor el 3 de julio de 2000.

supralegal, lo cual obliga a las leyes nacionales -y a la provinciales- a adecuarse a su contenido¹⁴.

Así, en virtud de lo establecido en el Convenio 169, el Estado debe “*asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos*”¹⁵.

Sin embargo, las diversas leyes que han sido sancionadas por el Congreso de la Nación y que conforman la Normativa Federal en materia de derechos de los pueblos indígenas, no se adecuan a las obligaciones internacionales. En general, la Normativa Federal sobre la materia incluye un amplio número de normas de diversa jerarquía, que incluyen los tratados que ampliamente reconocen los derechos de los pueblos indígenas, pero también leyes y decretos que, si bien en su letra recogen algunos de los principios fundamentales de esos tratados, lo hacen de manera incompleta y sin establecer los mecanismos necesarios para garantizar su implementación y respeto en todo el país. En este grupo de normas encontramos algunas que se contradicen entre sí o que contradicen los estándares internacionales, otras que crean multiplicidad de instituciones cuyas funciones no se definen con precisión, otras cuya vigencia no es clara, y aún otras creadas para responder a emergencias nacionales en materia de territorio que no encuentran solución. El resultado es la ausencia de garantías y de mecanismos efectivos para que las comunidades canalicen satisfactoriamente sus reivindicaciones territoriales¹⁶.

Esta inconsistencia normativa y el desinterés del Estado por resolverla se evidencia, por ejemplo, en dos normas que usaremos en el análisis de las violaciones sustantivas, pero que deberían ser consideradas por la Corte IDH bajo algunas de las consideraciones especiales que incluimos a continuación.

En primer lugar, en el año 2006 el Estado dictó una ley de emergencia tendiente a frenar los desalojos de tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, disponiendo que durante los primeros 3 años de vigencia de la ley “[...] *el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico –jurídico-*

¹⁴ Constitución Nacional, artículo 75 inc. 22.

¹⁵ Ley 24.071, promulgada de hecho el 7 de abril de 1992, artículo 2, inc. 1.

¹⁶ Ver **ANEXO I**, Cuadro de Normativa Federal, el cual detalla las diversas leyes y decretos que componen el marco Normativo Federal y describe su contenido principal.

catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas”¹⁷. Esto significa un claro reconocimiento por parte del Estado de la situación crítica en la que viven las comunidades indígenas, y de la ausencia de mecanismos estatales para proteger sus derechos.

Pese a la emergencia declarada, y en prueba de su propia inacción, el Estado luego prorrogó la ley en tres oportunidades¹⁸, estando vigente hoy hasta el año 2021¹⁹. Es decir, las comunidades indígenas de Argentina viven en una situación de emergencia respecto de su territorio, que ha sido reconocida legalmente por más de 15 años, sin que el Estado haya podido resolverla. Si bien en el estado de cosas actual es necesaria la prórroga de la ley de emergencia para evitar desalojos, esa necesidad es solo una evidencia más de la falta de solución del problema de fondo, que es el incumplimiento del deber estatal de garantizar el derecho a la tierra para las comunidades.

Otro caso particular, es el de la “Ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes” (en adelante, “Ley 23.302”)²⁰. Esta ley, que fue sancionada antes de la incorporación de los tratados de derechos humanos al marco constitucional y a la ratificación del Convenio 169, contradice en varios aspectos las obligaciones internacionales del Estado respecto a los derechos de los pueblos indígenas²¹.

Pese a que éste posterior otorgamiento de jerarquía suprallegal a los tratados podría llegar a concluir que las deficiencias de la Ley 23.302 han sido superadas, lo cierto es que dicha norma no ha sido modificada ni derogada, e incluso ha sido aplicada por la CSJN como parte de la Normativa Federal a la cual deben ajustarse las Provincias²². En el año

¹⁷ Ley N° 26.160, promulgada el 23 de noviembre de 2006.

¹⁸ En el año 2009 por la Ley 26.554; en el año 2013 por la Ley 26.894 y en el año 2017, por medio de la Ley 27.400.

¹⁹ Ley N° 27.400, promulgada el 23 de noviembre de 2017, artículo 1.

²⁰ Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985 y reglamentada por el Decreto N° 155/89, modificado por el Decreto N° 791/2012.

²¹ Lo último puede evidenciarse en su regulación con respecto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades (Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, art. 3), cuyas relaciones podrán ser regidas de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente (Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, art. 4).

²² Ver, por ejemplo, CSJN, *Confederación Indígena del Neuquén el Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, sentencia del 10 de diciembre de 2013, considerando 8. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7074831&cache=1553774938137>

2016 el Poder Ejecutivo Nacional creó el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina con fin de, entre otras cuestiones, “[i]mpulsar la reforma de la Ley 23.302, adecuándola a los estándares internacionales”, reconociendo de este modo que la Ley no cumple con el derecho internacional. Sin embargo, a la fecha esto no ha ocurrido²³.

Atento a ello, es necesario que la legislación que no se adecua a los Estándares Interamericanos, como el caso de la Ley 23.302, sea expresamente reformada, derogándose las normas que los contraríen, afirmando expresamente su superación por parte del Convenio 169 y otras normas supralegales, y evitando así posibles interpretaciones restrictivas a que puedan dar lugar.

Por último, cabe destacar que la inadecuación de la Normativa Federal no se da solamente en su letra, o en la falta de mecanismos de implementación, sino que también se traduce en la ineficacia de los mecanismos que sí han sido creados para implementarla²⁴. Un ejemplo de ello es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (en adelante, INAI), creado por la Ley 23.302 para aplicar la ley, elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de tierras, de educación y salud, y llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, entre otras funciones. Como veremos, este organismo presenta déficits institucionales que le impiden cumplir con estos objetivos.

En definitiva, pese a que la Constitución Nacional reconoce los derechos de los pueblos indígenas y el rango supralegal de las normas internacionales que los garantizan, la legislación Federal es insuficiente, poco clara y confusa, favoreciendo arbitrariedades y violaciones de derecho, y obligando a las comunidades a recurrir o esperar acciones judiciales que den contenido a estas normas. Tal como ha sido reconocido por el Estado Federal, *“las comunidades indígenas han soportado desde el reconocimiento*

²³ Decreto N° 672/2016, mayo de 2016, artículo 3, inc. a).

²⁴ Por ejemplo, a través del Decreto N° 672/2016, de mayo de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional crea el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina; por la Resolución Nro. 587/2007, de octubre de 2007, el INAI creó el Programa Nacional de "Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas - Ejecución de la Ley 26.160" (en adelante, "Re.Te.Ci"); a través del Decreto N° 700/2010, mayo de 2010, el Poder Ejecutivo Nacional crea la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria; la Resolución Nro. 328/2010, marzo de 2010; Ley 26.994, que en el año 2014 aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

constitucional, el peligro de interpretaciones judiciales errantes y que hacen lecturas disvaliosas de la voluntad del poder constituyente''²⁵.

V. EL ESTADO ARGENTINO INCUMPLE SUS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LA PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En este apartado, analizaremos detalladamente la Normativa Federal a la luz de los Estándares Interamericanos, especialmente en lo relativo a la obtención de personería jurídica y el acceso a la tierra. Concluiremos que la normativa incumple estos estándares, al no establecer procedimientos adecuados y efectivos que garanticen los derechos de las comunidades indígenas de acceder a sus territorios.

El artículo 1.1. de la CADH establece que los Estados deben respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, y organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos sin discriminación, incluyendo a través de la adopción de medidas legislativas.

Particularmente, con relación a los pueblos indígenas, los Estados tienen la obligación positiva de adoptar medidas que garanticen el ejercicio pleno e igualitario del derecho al territorio²⁶. Una de estas medidas positivas debe ser la adopción de normativa que reconozca los derechos de los pueblos indígenas y los garantice con mecanismos efectivos.

Asimismo, conforme al artículo 2 de la CADH, esta normativa debe ajustarse a las normas que establece la propia Convención²⁷. Específicamente, respecto al derecho de las

²⁵ Decreto N° 700/2010, mayo de 2010, considerando 9.

²⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 91 y 175; Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 134; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 16; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 154.

²⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 101; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 110.

comunidades indígenas de acceder a sus territorios, la Corte IDH ha entendido que los deberes estatales que se desprenden de este artículo incluyen el de establecer procedimientos adecuados en el sistema jurídico que permitan procesar las reivindicaciones de tierras de las comunidades por medio de trámites simples y accesibles, y que los órganos a cargo tengan las condiciones para poder dar respuesta efectiva a dichos reclamos²⁸.

La obligación de adaptar la legislación interna constituye una obligación de resultado²⁹ que los Estados deben cumplir adoptando las medidas legislativas que sean necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos consagrados normativamente, no promulgando leyes que impidan el ejercicio de derechos, y evitando que se supriman o modifiquen las que los protegen³⁰.

Asimismo, conjuntamente con la violación del deber expresado en el artículo 2 de la CADH, la ausencia de normativa respetuosa de los estándares internacionales conduce a la violación del deber estatal de respetar y garantizar los derechos sustantivos reconocidos en la CADH. Específicamente, cómo se desarrollará a continuación, las falencias y deficiencias de la Normativa Federal generan violaciones a los derechos de reconocimiento de la personería jurídica³¹, propiedad comunitaria³², garantías judiciales³³ y protección judicial³⁴.

1) El Estado argentino incumple la obligación de establecer un mecanismo adecuado para el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas, en violación de los arts. 2 y 3 de la CADH, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

²⁸ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 102; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 109.

²⁹ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 100.

³⁰ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2011, párr. 221; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 192.

³¹ Artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³² Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³³ Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados tienen la obligación de establecer el marco legal y las condiciones jurídicas necesarias para respetar y garantizar de manera efectiva el derecho al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas, respetando sus tradiciones, usos y costumbres³⁵. Ello es necesario ya que dicho reconocimiento permite que la comunidad pueda gozar de sus tierras y ejercer sus derechos de forma colectiva³⁶. En este sentido, y tal como lo ha establecido la Corte IDH, la personería jurídica *“es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados”*³⁷.

A fin de garantizar este derecho, los Estados deben facilitar un reconocimiento automático de la personería a las comunidades indígenas, sin que la normativa o práctica exija trámites o requisitos que se conviertan en obstáculo para el pleno ejercicio de derechos³⁸. En esta línea, la Corte IDH ha resaltado que *“el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas.”*³⁹. En forma similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, aunque las formas de reconocimiento de la personería jurídica pueden convertirse en mecanismos efectivos para proveer seguridad jurídica, *“dichos reconocimientos tienen un efecto meramente declarativo, y no constitutivo, sobre la existencia de los pueblos y comunidades indígenas y de sus formas tradicionales de autoridad. Del mismo modo, el proceso de reconocimiento oficial de los pueblos*

³⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 174.

³⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 174, Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 168; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 82; Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 107.

³⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 83.

³⁸ CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009, párr. 342.

³⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 82;

indígenas a través del otorgamiento y registro de su personalidad jurídica no puede ser considerado una barrera para que éstos puedan disfrutar plenamente de su derecho de propiedad comunal”⁴⁰.

En la Normativa Federal, y sin perjuicio de las normas que se desprenden de los tratados y el Convenio 169, que establecen el carácter declarativo del reconocimiento de personería jurídica, la Ley 23.302 regula los mecanismos de reconocimientos de la personería jurídica. En este sentido, dispone que el INAI deberá *“Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, **para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales (...)**”⁴¹.*

Como surge del propio texto, la norma exige una coordinación entre el Gobierno Federal y las Provincias, como requisito para la inscripción de comunidades o su cancelación. Como se adelantó en el Acápite IV, este sistema de coordinación deriva del reconocimiento de facultades concurrentes entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales.

A pesar de que la reforma Constitucional que introdujo estas competencias concurrentes data de 1994, hasta la fecha no existe claridad respecto de cómo debe darse este ejercicio coordinado. Recientemente la CSJN resolvió un caso que da cuenta de la incertidumbre que esto genera para las comunidades indígenas. En este conflicto se planteó que resultaba incierta la implicancia de la atribución de facultades concurrentes. Tal es así que la Provincia de Neuquén demandó al Estado Federal ante la CSJN solicitando que *“ponga fin al estado de incertidumbre sobre la delimitación de las facultades concurrentes del Estado Nacional y de las provincias, previstas en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, en lo concerniente al reconocimiento de la*

⁴⁰ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009, par. 375

⁴¹ Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, artículo 6 inciso c.

preexistencia étnica y cultural y a la inscripción de la personería jurídica de las comunidades indígenas”⁴².

El Estado Federal sostuvo que la atribución de facultades concurrentes no significa que los actos administrativos que dicte deban contar con participación de las Provincias. Más aún, sostuvo que dicha concurrencia no limita las facultades del Estado Federal en la materia, debiéndose entender que la concurrencia sólo implica que se permite a las Provincias ejercer estas facultades en tanto no impidan al Estado Federal el logro de sus fines. Según su perspectiva, es facultativo para las comunidades petitionar su inscripción en sede nacional o provincial, resultando la personería igualmente válida en cualquiera de los dos casos, siempre que no se viole el “piso” impuesto por la Normativa Federal⁴³.

La Provincia de Neuquén, por su parte, se agravió de que el Estado Federal hubiera otorgado personería a seis comunidades sin su participación, por lo que solicitó la revocación de dichas personerías, que habían sido concedidas 15 años antes.

La CSJN zanjó esta controversia estableciendo que el Estado Federal sólo podrá otorgar la personería jurídica a comunidades, si ello se hace con pleno y oportuno conocimiento y conformidad de la Provincia en cuyo territorio se encuentra asentada la agrupación requirente. De esta forma, según interpretación de la CSJN, la coordinación que exige la Ley 23.302 se materializa en la necesidad de un acuerdo, caso a caso, entre el Estado Federal y la Provincia acerca de si corresponde o no conceder la personería. Esta exigencia legal se transforma en un obstáculo considerable toda vez que no existen mecanismos de coordinación adecuados en el marco de los cuales puedan llegarse a esos acuerdos, y somete a las comunidades a resoluciones que pueden variar caso a caso según

⁴² CSJN, *Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*, sentencia del 11 de septiembre de 2018, punto I. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7475142&cache=1553775799935>

⁴³ CSJN, *Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*, sentencia del 11 de septiembre de 2018, punto II. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7475142&cache=1553775799935>

consideraciones políticas, que nada tienen que ver con garantizar el cumplimiento de los Estándares Interamericanos.

La falta de coordinación entre jurisdicciones ya fue remarcada por el anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, en su Informe de 2012 sobre la situación en la Argentina. Allí expresó que “*El Gobierno nacional y los gobiernos provinciales deben redoblar esfuerzos para coordinar acciones para realizar el debido relevamiento territorial y reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades o pueblos indígenas, así como suscribir los convenios necesarios para tal fin y así, evitar cualquier efecto perjudicial sobre los derechos de los pueblos indígenas que pudieran surgir por esta falta de coordinación y coherencia*”⁴⁴.

De la lectura de la sentencia de la CSJN citada, puede colegirse cómo opera esa falta de coordinación en un caso concreto. En efecto, el propio Estado Nacional defendió su actuación invocando la firma de un convenio con la Provincia de Neuquén tendiente a establecer los mecanismos de coordinación y cooperación mencionados en la Ley 23.302, destacando que dicho convenio no tuvo operatividad en el ámbito provincial por falta de ratificación legislativa. Más aún, tal como surge del dictamen de la Procuradora General de la Nación, el Estado Nacional había enviado a la Provincia de Neuquén, con posterioridad a la celebración del convenio referido, las solicitudes de inscripción de las comunidades mapuche, pero la Provincia nunca les dio tratamiento⁴⁵. Ello muestra que, con que uno de los dos actores institucionales no tenga especial interés en “coordinar” sus actuaciones con el otro, el proceso de coordinación se bloquea. Por otra parte, la falta de pautas de coordinación claras y de mecanismos con procedimientos expeditos para lograr resolver los diferendos hacen que en los casos en que no se produzca acuerdo entre el Estado Federal y las Provincias, la única vía para dirimir ese disenso sea la judicial, lo

⁴⁴ Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 87.

⁴⁵ Dictamen de la Procuradora General de la Nación, Laura Monti, de 2 de julio de 2013 sobre caso *Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*, disponible en https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2013/07/N_229_L_42_Neuquen.pdf.

cual deja a las comunidades en estado de espera e indefensión durante los largos años que duran los procesos judiciales.

En este escenario el perjuicio para las comunidades es enorme. El caso citado, muestra tan solo un ejemplo de ello. Seis comunidades vieron su personería reconocida en el año 2003, fueron testigos de la citada disputa entre el Estado Federal y la Provincia, y en 2018 padecieron el rechazo de la personería que les había sido otorgada 15 años antes.

Por otra parte, además del exigente estándar de coordinación que impone la interpretación del alcance de concurrencia efectuado por la CSJN, y la falta de establecimiento de mecanismos adecuados para implementarla, la Ley 23.302 no establece de manera taxativa y clara cuáles son los requisitos que las comunidades deben cumplir para acceder al reconocimiento de su personería jurídica.

Así, la Ley 23.302 dispone en su artículo 3 que, entre los requisitos para solicitar la personería jurídica, se encuentran “(...) *el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, las pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los demás elementos que requiera la autoridad de aplicación*”. Esta redacción abierta deja latente la posibilidad de que las autoridades de aplicación exijan a las comunidades indígenas requisitos que signifiquen barreras a dicho reconocimiento.

Esta habilitación ha sido utilizada en el pasado en detrimento de las comunidades indígenas. Ejemplo de ello es el caso de la Provincia de Neuquén que, mediante el Decreto 1184/2002 impuso requisitos más gravosos que los establecidos por la Normativa Federal, obligando a las comunidades a iniciar acciones judiciales para solicitar su inconstitucionalidad. Si bien es cierto que el Decreto fue declarado inconstitucional por la CSJN⁴⁶, ello ocurrió recién 11 años después de su dictado, siendo evidente que la carga de conducir litigios de este tipo constituye un obstáculo indebido al proceso de reconocimiento de personería de las comunidades.

⁴⁶ CSJN, *Confederación Indígena del Neuquén el Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, sentencia del 10 de diciembre de 2013, considerando 10. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7074831&cache=1553774938137>

2) El Estado Argentino incumple su obligación de garantizar un mecanismo efectivo para que las comunidades indígenas reivindiquen sus territorios, en violación de los artículos 2, 8 y 25 de la CADH, con relación al art. 1.1. del mismo instrumento.

Tal como lo ha determinado la Corte IDH, para hacer efectivo el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, es obligación de los Estados establecer recursos que sean adecuados para que puedan acceder a sus tierras tradicionales,⁴⁷ garantizando el derecho de acceso a la justicia⁴⁸. En consecuencia, los Estados deben respetar las garantías del debido proceso⁴⁹ y asegurar la participación y el consentimiento informado de las comunidades⁵⁰. En particular, los recursos para reclamar las tierras tradicionales deben contener plazos razonables, ser adecuados, efectivos, sencillos y accesibles⁵¹. Con respecto a la efectividad de los recursos para la reivindicación de las tierras tradicionales, la Corte IDH ha determinado que deben garantizar *“la posibilidad real de que los miembros de las comunidades indígenas [las] recuperarán...”*⁵².

La reglamentación del Convenio 169, establecida por la Ley 24.071, sostiene que los pueblos interesados deben tener la posibilidad de poder iniciar procedimientos legales en caso de que sus derechos se vean vulnerados⁵³. Dichos procesos, deben ser respetuosos de las garantías mínimas del debido proceso, asegurándose que los pueblos puedan

⁴⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 142; Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 96; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 178; Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 240; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kunda de Madingandí y Emeberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 166.

⁴⁸ Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 100.

⁴⁹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 95 y 96.

⁵⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costa. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 210.

⁵¹ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 251.

⁵² Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 144.

⁵³ Ley 24.071, promulgada de hecho el 7 de abril de 1992, artículo 12.

comprender los procedimientos a los que están sujetos⁵⁴. Establece asimismo que, *“deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”*⁵⁵.

Sin embargo, en la práctica no están dadas las condiciones que garanticen el acceso a la justicia para las comunidades. En palabras del Relator Especial de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, *“[e]n general, los pueblos indígenas enfrentan varias barreras para acceder a la justicia, incluyendo barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia. En particular, se ha reportado que la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e internacional sobre pueblos indígenas, principalmente respecto de los derechos a las tierras y los recursos naturales. A lo largo del país, los tribunales han tendido a favorecer los derechos de propiedad privada de individuos o empresas por encima de las formas colectivas de propiedad indígena”*⁵⁶.

Cabe destacar que esta situación ocurre *“en el marco de una gran conflictividad de las comunidades indígenas, la cual queda en evidencia en el análisis de las 100 carpetas técnicas del RETECI del cual surge que 62% comunidades poseen conflictos territoriales y un 24% comunidades tienen o han tenido conflicto judicial asociado a la posesión de las tierras que ocupan”*⁵⁷.

Por otra parte, los casos en los que las comunidades acuden a la vía judicial dan cuenta de procedimientos extensos, tortuosos e ineficaces. En un caso resuelto recientemente por el fuero Contencioso Administrativo Federal, una comunidad solicitó que se ordene la escrituración en su favor de ciertas tierras. Allí, al contestar la demanda, el Estado Federal sostuvo haber *“realizado aquello que por ley le corresponde, es decir, dar por cumplido el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral, razón por la cual para*

⁵⁴ Ley 24.071, promulgada de hecho el 7 de abril de 1992, artículo 12.

⁵⁵ Ley 24.071, promulgada de hecho el 7 de abril de 1992, artículo 14, inc. 3 (resaltado propio).

⁵⁶ Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 51.

⁵⁷ Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 3.5.1.2. Accesible en <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>

instrumentar la posesión y propiedad comunitaria es el Congreso el encargado de dictar una ley especial a tal fin”⁵⁸. Esto evidencia la incertidumbre que aqueja a las comunidades a la hora de requerir la escrituración de las tierras, ya que la legislación existente no parece ser suficiente, requiriendo normas adicionales y *ad hoc* para esos fines. El juzgado interviniente dispuso que lo que debía resolverse era “*si, a fin de escriturar a favor de los títulos comunitarios, se requiere una ley especial del Congreso o está dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo*”⁵⁹. La jueza otorgó razón a las comunidades demandantes, ordenando que se escrituren las tierras a través de la Escribanía General de la Nación. Sin embargo, el Estado Federal apeló la sentencia, y la Cámara de Apelaciones, invocando la nueva jurisprudencia de la CSJN⁶⁰, que vino a modificar el entendimiento de lo que significan las facultades “concurrentes” entre el Estado Federal y las Provincias (punto desarrollado en el Acápite anterior), dispuso la nulidad de lo actuado y la necesidad de convocar al pleito a la Provincia de Río Negro⁶¹.

Este fallo es otra muestra de que la vía judicial no está operando como un mecanismo de resolución eficaz de los problemas que aquejan a las comunidades con relación a su acceso a la tierra. Esto en parte evidencia que la Normativa Federal vigente no es clara, y requiere de constante reinterpretación. En ambos casos citados, las sentencias terminan anulando las añosas actuaciones y devolviéndolas a primera instancia para ser reiniciadas por supuestos vicios de procedimiento de los cuales las comunidades no fueron responsables ni pudieron evitar. Se produce así una vulneración al debido proceso y al derecho de acceder a la justicia de las comunidades.

⁵⁸ Juzgado Contencioso Administrativo Federal No.11 *Comunidad Mapuche Trypay Antu c/ EN - INAI s/Proceso de Conocimiento*, 21 de mayo de 2018, resulta 2. Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/fallos46600.pdf>

⁵⁹ Juzgado Contencioso Administrativo Federal No.11 *Comunidad Mapuche Trypay Antu c/ EN - INAI s/Proceso de Conocimiento*, 21 de mayo de 2018, considerando 1. Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/fallos46600.pdf>

⁶⁰ CSJN, *Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*, sentencia del 11 de septiembre de 2018. Disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7475142&cache=1553775799935>

⁶¹ Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Comunidad Mapuche Trypay Antu c/ EN - INAI s/Proceso de Conocimiento*, sentencia del 22 de noviembre de 2018. Disponible en:

<http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/02/JURISPRUDENCIA-ADMINISTRATIVO-12-2.pdf>

De hecho, el propio INAI ha identificado obstáculos que afectan el acceso a la justicia de las comunidades y las limitaciones de la vía judicial como mecanismo efectivo para la reivindicación de tierras. Entre ellos: el *“desconocimiento por parte del Poder Judicial de la normativa y jurisprudencia referida a las comunidades indígenas”*, la *“falta o insuficiencia de profesionales especializados en la temática indígena”* y la *“relación asimétrica y desigualdades con otras partes de los procesos judiciales”*⁶².

Debemos añadir a esto que se han dictado normas penales que agravan aún más la situación de las comunidades para efectuar reclamos. En un informe de la Auditoría General de la Nación (AGN), que da cuenta de varios aspectos violatorios del derecho de las comunidades indígenas a recursos efectivos para reclamar sus tierras, se establece que *“[el reclamo efectivo de tierras] se ve impactad[o] con la vigencia de la Ley 26.734, modificatoria del Código Penal (que incrementa las escalas a aplicarse, entre otras circunstancias, cuando los delitos hubieren sido cometidos con la finalidad de obligar a las autoridades públicas nacionales a realizar un acto o abstenerse de hacerlo) y ha sido invocada contra las comunidades indígenas que protestan contra desalojos o son acusadas de usurpar territorio”*⁶³.

Por otra parte, existen ciertos programas creados por el INAI presuntamente destinados a favorecer los procesos de reivindicación territorial. El “Programa de Fortalecimiento Comunitario y Acceso a la Justicia”⁶⁴, por ejemplo, tiene como objetivo la asistencia a las comunidades en relación a acciones judiciales o extrajudiciales que decidan interponer para lograr acceder a la propiedad comunitaria. A través de este programa, el Estado debe otorgar subsidios a las comunidades que lo soliciten para poder hacer frente a erogaciones que demande la defensa o promoción de las acciones jurídicas

⁶² Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, puntos 3.5.1.2. Accesible mediante <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

⁶³ Ver en este sentido el Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 4.12. Accesible mediante: <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

⁶⁴ INAI, Resolución Nro. 235/04, agosto de 2004. La misma no está publicada ni en infoleg, ni en el BORA, obtuvimos datos a través del informe de la AGN y de ciertas normas que la mencionan en sus considerandos. Nos llama la atención la imposibilidad de acceder fácilmente a una resolución de carácter público emitida por una institución nacional. Ver en este sentido del Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 3.2. Accesible en <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

que emprendan para reivindicar sus tierras⁶⁵. Si bien esto representa una política positiva, ello no es suficiente, ya que no garantiza a las comunidades la posibilidad real de acceder a un recurso que resulte adecuado y efectivo para que se respeten sus derechos⁶⁶.

Según lo sostuvo la AGN en el informe mencionado, *“si bien el INAI lleva adelante un programa de fortalecimiento comunitario de asistencia jurídica a las comunidades en procesos judiciales y extrajudiciales, dicha actividad no parece suficiente para cubrir las necesidades de las comunidades indígenas. Los conflictos por el acceso a las tierras y la utilización de recursos naturales se incrementaron, de acuerdo con lo relevado en el Informe realizado por el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas [...] y conforme lo relevado por el equipo de auditoría en los expedientes de relevamiento territorial, donde queda expresado que los conflictos persisten y se profundizan, ya que un 62% de las comunidades manifestaron que tienen o tuvieron un conflicto territorial y un 25% manifestó que tienen o tuvieron órdenes de desalojo⁶⁷”*.

Por otro lado, el INAI estableció el "Programa de Relevamiento Territorial"⁶⁸, cuyo objeto es la realización de un relevamiento técnico, jurídico y catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por comunidades indígenas de forma tradicional, actual y pública⁶⁹. Para ello, se celebraron convenios entre las Provincias y el INAI con el objeto de que sean las primeras las que realicen las tareas de relevamiento con la supervisión del organismo nacional⁷⁰. En el año 2012, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, enfatizó que este programa *“no establece mecanismos que resuelvan casos en los que una comunidad afirme un derecho de restitución de tierras sobre tierras de las que hayan sido*

⁶⁵ INAI, Resolución Nro. 235/04, agosto de 2004.

⁶⁶ Ver en este sentido del Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 3.5.1.2. Accesible mediante <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

⁶⁷ Ver en este sentido el Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 4.11. Accesible mediante <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

⁶⁸ INAI, Resolución Nro. 587/2007, octubre de 2007.

⁶⁹ INAI, Resolución Nro. 587/2007, octubre de 2007.

⁷⁰ Ver en este sentido del Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 3.5.1 Accesible mediante <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

*desposeídas recientemente o donde existan reclamos por reconocimiento de territorios superpuestos entre comunidades y propietarios privados*⁷¹. En consecuencia, indicó que el Estado argentino debía procurar que las comunidades indígenas no sean impedidas de poder acceder a la justicia, en especial en aquellos casos vinculados a los esfuerzos que realizan por que se vean protegidos sus derechos a sus tierras y recursos naturales⁷². Finalmente, reiteró que no existe en la legislación nacional argentina mecanismo alguno para reivindicar los derechos de las tierras indígenas o para repararles la pérdida de las mismas⁷³.

En este sentido, la Normativa Federal es meramente declarativa y no establece recursos y mecanismos por medio de los cuales las comunidades puedan establecer una reivindicación efectiva de sus territorios. Esto fue incluso reconocido por el propio Estado Federal. Así, en el año 2010, en un Decreto que creó una “Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena”⁷⁴ se indicó que *“es recomendable que se fijen reglas inequívocas para la instrumentación de la titularidad de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas”*⁷⁵, toda vez que, *“la ausencia de procedimientos legales tendientes a facilitar la concreción de la afirmación constitucional en los hechos, pone en riesgo la efectividad de la garantía consagrada”*⁷⁶.

De este modo, las comunidades indígenas ven continuamente violado su derecho de reclamar a través de recursos efectivos su derecho al territorio.

3) El Estado Argentino incumple su obligación de llevar a cabo medidas para delimitar, demarcar, titular y entregar el territorio de las comunidades indígenas, en violación de los arts. 2 y 21 CADH en relación con el 1.1. del mismo instrumento.

⁷¹ Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 35

⁷² Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 100

⁷³ Naciones Unidas, Asamblea general. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, A/HRC/21/47/Add.2, párr. 102

⁷⁴ Decreto N° 700/2010, mayo de 2010, artículo 1.

⁷⁵ Decreto N° 700/2010, mayo de 2010, considerando 7.

⁷⁶ Decreto N° 700/2010, mayo de 2010, considerando 8.

En materia de acceso a la tierra por parte de comunidades indígenas, la Corte IDH ha determinado que un mero reconocimiento abstracto o jurídico no es suficiente si no se establece, delimita y demarca físicamente la propiedad⁷⁷, realizando a tal fin consultas con los pueblos involucrados⁷⁸. En otras palabras, los Estados tienen la obligación de identificar el territorio tradicional en cuestión, delimitarlo, demarcarlo, titularlo⁷⁹ y entregarlo gratuitamente a la comunidad de que se trate⁸⁰, adoptando medidas legislativas y administrativas que creen un mecanismo efectivo a tales fines⁸¹.

Por otra parte, la Corte IDH ha indicado que la posesión de la tierra debería bastar para que aquellas comunidades que no tienen un título real de propiedad “*obtenan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”⁸². La posesión

⁷⁷ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 119; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 143; Corte IDH. Caso Saramaka, párr. 115; En el mismo sentido: Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 135; Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 121; Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 133.

⁷⁸ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 115; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costa. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 209.

⁷⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párr. 32; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 118 y 155; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párr. 32.

⁸¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 119; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 164; Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname, párr. 133; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 166; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costa. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 209; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 91.

⁸² Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costa. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 131.

tradicional es equivalente al título de pleno dominio, y otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial y su registro⁸³.

Finalmente, la Corte IDH se expidió respecto de la obligación estatal de reconocer la propiedad comunal indígena como forma de garantizar, respetar y proteger su modo de vida tradicional⁸⁴. En caso contrario, se vulnera el derecho al uso y goce de los bienes de las comunidades⁸⁵.

En consecuencia, considerando que la Corte IDH ha desarrollado la obligación de los Estados de identificar el territorio tradicional en cuestión, delimitarlo, demarcarlo, titularlo, y entregarlo gratuitamente a la comunidad de que se trate, analizaremos en particular cada una de estas obligaciones⁸⁶.

a) *En Argentina existe un mecanismo para delimitar y demarcar tierras, pero es ineficaz.*

La Ley 26.160, que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, encomendó al INAI realizar, en el plazo de tres años, el relevamiento técnico, jurídico, y catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promover las acciones que fueren menester, junto a otros organismos allí designados⁸⁷. El INAI, por su parte, creó el "Programa de Relevamiento

⁸³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

⁸⁴ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 112; Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 167.

⁸⁵ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 119.

⁸⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párr. 23, 32; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 118 y 155; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastzingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153;

⁸⁷ Ley 26.160, promulgada el 23 de noviembre de 2006, artículos 1, 2 y 3.

Territorial" antes mencionado, y un manual de procedimiento sobre el método que se utilizará para relevar el territorio⁸⁸.

A lo largo de 12 años poco se ha avanzado en la ejecución del relevamiento del territorio de las comunidades del país. Conforme el Informe de la AGN “*a septiembre de 2016 se han relevado 702 comunidades que representan el 74% respecto de los objetivos planteados en el inicio del programa (950 comunidades) y el 46% respecto del número de comunidades actualmente identificadas (1532 comunidades)*”⁸⁹. Por otra parte, puede destacarse que “*en 10 provincias, la mayoría ubicada en el norte del país, los porcentajes son menores al promedio nacional y en tres jurisdicciones no se ha relevado siquiera una comunidad (Corrientes, La Rioja y San Luis)*”⁹⁰.

La ausencia de delimitación y demarcación colectiva en grandes extensiones del territorio nacional denota una actuación demorada y deficiente de las autoridades estatales, lo cual somete a muchas comunidades indígenas a años de espera, y crea incertidumbre entre los miembros de las comunidades, quienes no saben cuáles son los límites geográficos de su propiedad, y por ende, hasta dónde pueden gozar y usar de la misma⁹¹.

b) En Argentina no existe un mecanismo para titular las tierras

La Argentina no ha elaborado un mecanismo tendiente a titular las tierras tradicionales reclamadas por las comunidades indígenas. Como consecuencia, en la práctica sucede que estos conflictos acaban dirimiéndose en el Poder Judicial sin tenerse en cuenta los estándares existentes en materia de derechos indígenas. En este sentido, cabe citar como ejemplo el caso “Pilquiman”, en el que tres instancias judiciales resolvieron

⁸⁸ INAI, Resolución Nro. 587/2007, octubre de 2007.

⁸⁹ Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, pp. 10/11. Accesible mediante <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>. El informe explica que durante el proceso se han identificado nuevas comunidades lo cual puede impactar en un menor porcentaje de comunidades relevadas.

⁹⁰ Informe de la ONG Chequeado.com. Disponible en: <https://chequeado.com/el-explicador/el-estado-nacional-identifico-1-600-comunidades-indigenas-pero-solo-relevo-el-territorio-de-la-mitad/>

⁹¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 118; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 136.

una autorización administrativa respecto de una cesión y venta de tierras reclamadas por una comunidad indígena, mediante institutos clásicos del derecho civil o administrativo, descartando la aplicación de los derechos indígenas⁹².

Al respecto, según el informe presentado en abril de 2018 por el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA) ante el Comité de los Derechos del Niño, resulta enorme la brecha existente en Argentina entre el reconocimiento jurídico del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras, y su efectivo disfrute. Dicho informe enfatiza que el país no avanzó en la demarcación y titularización de los territorios comunitarios ni ha previsto un mecanismo para la titularización de las tierras/territorios de los pueblos indígenas, en parte porque la Ley 26.160 solo garantiza la determinación técnico-jurídico-catastral de los territorios comunitarios, pero no reconoce títulos de propiedad⁹³. Además, el informe establece que el Estado no ha entregado a las comunidades relevadas la carpeta final que contiene los resultados del procedimiento técnico-jurídico-catastral, extremo de suma importancia por ser el único documento público que contiene su reivindicación territorial⁹⁴.

En el mismo sentido apuntan las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico sobre Argentina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité manifestó su preocupación ante la falta de cumplimiento integral con el relevamiento sobre comunidades indígenas, la demarcación de sus territorios, y la prohibición de desalojos de tierras, dispuesto por la Ley 26.160, así como también por la

⁹² CSJN, *Pilquimán, Crescencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo*, 7 de octubre de 2014. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=715723&cache=1553779471129>

⁹³ Informe sobre la Situación de los niños, niñas y adolescente indígenas en Argentina, elaborado por el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA) para el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, abril 2018, p. 4-5. Disponible en: <http://www.endepa.org.ar/contenido/SITUACIÓN-DE-LOS-NIÑOS-NIÑAS-Y-ADOLESCENTES-INDIGENAS-EN-ARGENTINA-2018-ENDEPA.pdf>

⁹⁴ Informe sobre la Situación de los niños, niñas y adolescente indígenas en Argentina, elaborado por el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA) para el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, abril 2018, p. 5. Disponible en: <http://www.endepa.org.ar/contenido/SITUACIÓN-DE-LOS-NIÑOS-NIÑAS-Y-ADOLESCENTES-INDIGENAS-EN-ARGENTINA-2018-ENDEPA.pdf>

falta de un mecanismo de titulación⁹⁵. En consecuencia, recomendó al Estado argentino, entre otras cosas, velar por una aplicación plena y coordinada de la Ley 26.160, “tanto a nivel nacional como provincial, así como por la conclusión de los procesos de demarcación en todas las provincias y la concesión de títulos de propiedad comunitaria a las comunidades indígenas”⁹⁶.

A mayor abundamiento, en su informe, la AGN sostuvo que “si bien en Argentina los derechos territoriales de los pueblos indígenas se encuentran contemplados en la Constitución Nacional, la implementación del derecho a la tierra y al territorio aún se encuentra pendiente. La gran mayoría de las comunidades indígenas no tienen acceso a los títulos comunitarios e individuales de los territorios que ocupan; según surge del análisis del relevamiento de 100 carpetas técnicas del Programa de Relevamiento Territorial (RETECI) pertenecientes a diferentes comunidades indígenas del país, el 92% no poseen títulos comunitarios y un 84% no tienen títulos individuales de las tierras que ocupan”⁹⁷.

La situación contradice la jurisprudencia establecida por la Corte IDH, que sostiene que la posesión de las tierras debería bastar para que el Estado reconozca oficialmente a las comunidades que no cuentan con un título real de propiedad el derecho a dicho territorio y el consiguiente registro como tal⁹⁸.

c) *En Argentina no existe un mecanismo para adjudicar el territorio a las comunidades indígenas.*

En la Normativa Federal existen normas dispersas que se refieren a la adjudicación de tierras, pero no existe ningún mecanismo para su implementación. A su vez, las

⁹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 1 de noviembre de 2018, E/C.12/ARG/CO/4, párr. 18.

⁹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, 1 de noviembre de 2018, E/C.12/ARG/CO/4, párr. 19.a).

⁹⁷ Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, punto 4.8 Accesible mediante:

<https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

⁹⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 131.

normas existentes adolecen de serios problemas de vaguedad y establecimiento de requisitos inapropiados.

El artículo 8 de la Ley 23.302 establece que el Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras a ser adjudicadas a una comunidad al INAI, para que éste luego otorgue la posesión y los títulos respectivos. En el caso en que no sean tierras de propiedad del Estado Federal, la ley dispone vagamente que *“se gestionará la transferencia de tierras fiscales de propiedad provincial y comunal para los fines indicados o su adjudicación directa por el gobierno de la provincia o en su caso, el municipal”*⁹⁹. En igual sentido, el decreto reglamentario de esta norma establece que el INAI “gestionará” ante las autoridades competentes la transferencia a las comunidades que proponga, la titularidad de aquellas tierras que fuesen de propiedad de la Administración Nacional, provincial o municipal, y que “gestionará”, asimismo, ante las autoridades competentes la declaración de utilidad pública, para su ulterior expropiación, de tierras que vayan a ser cedidas a comunidades indígenas¹⁰⁰.

Vemos que la norma utiliza términos imprecisos como “gestionará” o “autoridades competentes”, sin establecer mecanismos sobre transferencia de tierras, ni explicar en qué plazos se realizarán esas gestiones, ni quienes son las autoridades responsables que intervendrán en las mismas.

Es sintomático que, en un caso judicial en que se buscaba la adjudicación a una comunidad de tierras previamente relevadas, el propio Estado Federal alegó en su defensa la imposibilidad de proceder a la adjudicación por no existir una ley dictada por el Congreso. Como surge de la propia sentencia de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo Federal, el Estado Federal *“postula la imposibilidad jurídica de cumplir con la sentencia, dado que el INAI no cuenta con una ley especial de títulos comunitarios que reglamente un plan de adjudicación de tierras”*¹⁰¹. Así, el Estado Federal utiliza en su defensa el resultado de su propia inacción y fracaso en implementar

⁹⁹ Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, artículo 8.

¹⁰⁰ Decreto N° 155/1989, febrero de 1989, artículo 5.

¹⁰¹ Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Comunidad Mapuche Trypayantu c/ EN - INAI s/Proceso de Conocimiento*, sentencia del 22 de noviembre de 2018, considerando II. Disponible en: <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/02/JURISPRUDENCIA-ADMINISTRATIVO-12-2.pdf>

mecanismos de efectivización de la garantía constitucional que reconoce la propiedad comunitaria indígena, que solo se ha quedado en promesas legislativas. Pese a que, a lo largo de más de treinta años, se han creado al menos tres organismos distintos con el fin de regular la adjudicación de tierras a comunidades indígenas, hasta la fecha ninguno de ellos ha sido efectivo¹⁰².

Por otro lado, otro aspecto relevante para el análisis de los deberes estatales es que la Ley 23.302 impone ciertas condiciones en relación a las tierras entregadas que generan la posibilidad de que el INAI demande judicialmente su restitución en caso de ser incumplidas¹⁰³. Algunas de ellas, como por ejemplo “*observar las disposiciones legales y reglamentarias y las que dicte la autoridad de aplicación relativas al uso y explotación de las unidades adjudicadas*”¹⁰⁴ contradicen abiertamente lo dispuesto por el Convenio 169 respecto al derecho de los pueblos interesados de decidir sobre sus propias prioridades¹⁰⁵, y a los Estándares Interamericanos, que establecen la obligatoriedad de considerar las características propias de los pueblos indígenas¹⁰⁶. Esto viola el deber del Estado de

¹⁰² En el año 1985, se crea el INAI, con el fin de elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, entre otros propósitos (Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, artículo 6, inciso d). En el año 2010, se crea la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria, cuyo objetivo es elevar al Poder Ejecutivo Nacional una propuesta normativa que se encargue de instrumentar un procedimiento que efectivice la garantía constitucional del reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena (Decreto N° 700/2010, mayo de 2010, artículo 2, inc. a); Más recientemente, en el año 2016, el Poder Ejecutivo Nacional creó el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, el cual tiene entre sus funciones la de proponer un proyecto de reglamentación de la propiedad comunitaria indígena (Decreto N° 672/2016, mayo de 2016, art. 3, inc. a).

¹⁰³ Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, artículo 12., Decreto N° 155/89, febrero de 1989, artículo 23.

¹⁰⁴ Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, artículo 12, inc. c). Parece ser que es la normativa la que define la relación de las comunidades con la tierra y no sus pautas culturales. Este error legal no se subsana con la precisión hecha por el párrafo 2 del artículo 23 del Decreto N° 155/89 de febrero de 1989: “A los efectos del artículo 12, inc. c) de la Ley 23.302, la Autoridad de Aplicación deberá tener en cuenta los usos y costumbres de explotación de la tierra propios de cada comunidad y su realidad socioeconómica y cultural”.

¹⁰⁵ Ley 24.071, promulgada de hecho el 7 de abril de 1992, artículo 7, inc. 1.

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, párrs. 51 y 63; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 83; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 178; Corte IDH. Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 96; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 264; Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 167.

reconocer el vínculo existente entre el derecho de uso y goce de las tierras, con la cultura, usos y costumbres de las comunidades indígenas¹⁰⁷.

En reconocimiento de las deficiencias legislativas, desde el año 2010 las comunidades indígenas, el Poder Ejecutivo Nacional y el INAI han trabajado en torno a la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Instrumentación de la Propiedad Comunitaria. Sin embargo, para los representantes del Consejo de Participación Indígena (CPI)¹⁰⁸, el proceso revela insuficiencias, ya que no se han respetado de manera satisfactoria las propuestas formuladas por las comunidades indígenas¹⁰⁹. Por otra parte, al día de la fecha existen diversos proyectos de ley, los cuales no han tenido avances en el trámite parlamentario¹¹⁰. En este contexto, la AGN ha recomendado expresamente al Estado Federal arbitrar los medios para instar a la reglamentación de la propiedad comunitaria de la tierra conforme con la Constitución Nacional y el Convenio 169, coordinando su actuación con las Provincias¹¹¹. Asimismo, le ha recomendado iniciar un trabajo conjunto con el Consejo de Participación Indígena para discutir una propuesta de norma que reglamente la propiedad comunitaria¹¹². Sin embargo, hasta la fecha, esto no ha ocurrido.

En este sentido, queda claro que, si bien la Normativa Federal reconoce el derecho de las comunidades indígenas a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y la necesidad de reglamentar este derecho para hacerlo efectivo, en la práctica esto no se ha dado, volviendo ese reconocimiento en ineficaz.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 112; Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 167.

¹⁰⁸ Creado en febrero de 2004 por la INAI mediante la Resolución Nro. 152/2004 y a pedido de las comunidades a fin de garantizar la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Está integrado por representantes de los pueblos que habitan en cada provincia, elegidos por las autoridades comunitarias respetando sus pautas organizativas y culturales.

¹⁰⁹ Ver en este sentido págs. 28 y 29 del Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017. Accesible mediante: <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

¹¹⁰ Senadora Odarda (S-0691/17); petición de Organizaciones de Pueblos Indígenas de la Región NOA (OPI-NOA) ante el Senado de la Nación (S-18/18); senadora Iturrez de Cappellini (S-1561/18); diputada Horne y otros (5137-D-2017), entre otros.

¹¹¹ Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, pp. 32/33. Accesible mediante: <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

¹¹² Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, p. 35. Accesible mediante: <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

d) El INAI no fue dotado de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento.

La situación de vulneración de derechos descrita exige que el Estado Federal adopte políticas vigorosas tendientes a revertirlas. No se trata únicamente de dictar normas o regulaciones, sino que deben destinarse recursos y fortalecer a las instituciones que tienen a su cargo la protección de los derechos en juego¹¹³. En principio, con ese propósito, la Ley 23.302 crea el INAI¹¹⁴.

Actualmente, y en las condiciones en que éste funciona, es impensable que el estado de cosas pueda ser revertido por el INAI. En su informe de auditoría la AGN identificó varias falencias, todas ellas estructurales, que impiden al organismo ser exitoso en obtener resultados acordes a su misión.

Al solo efecto de ilustrar a la Corte IDH, identificamos algunas de las conclusiones del informe referido: (i) el INAI no ha sido dotado con los recursos humanos, materiales y tecnológicos suficientes para cumplimentar las tareas encomendadas; (ii) la débil presencia institucional del INAI en los territorios provinciales ha sido un obstáculo para abordar las situaciones de emergencia y los conflictos asociados; el INAI no tiene oficinas, equipamiento, movilidad y recursos suficientes para actuar en territorio; (iii) el INAI no cuenta con una planificación estratégica y una operativa, que defina metas de corto, mediano y largo alcance, indicadores de seguimiento y cumplimiento y herramientas de información para toda su gestión; (iv) el organismo no ha desarrollado una adecuada articulación intra-institucional que favorezca la coordinación entre sus diferentes direcciones; (v) no se ha desarrollado una estrategia de comunicación, educación y difusión de los derechos indígenas y de la actividad del INAI que busque sensibilizar a la comunidad en general, a las áreas de gestión del gobierno

¹¹³ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 102; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 109.

¹¹⁴ Ley 23.302, promulgada el 8 de noviembre de 1985, artículos 5 y 6.

nacional, y a los gobiernos provinciales, los jueces y demás funcionarios que intervienen en temas que los afectan¹¹⁵.

Evidentemente, difícilmente pueda el INAI cumplir con los ambiciosos objetivos encomendados si no cuenta con los recursos y la capacidad adecuada¹¹⁶.

V. CONCLUSIONES. NECESIDAD DE ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA FEDERAL COMO GARANTÍA DE NO REPETICIÓN.

Como surge de los párrafos precedentes, la Normativa Federal argentina vulnera los Estándares Interamericanos en materia de derechos de las comunidades indígenas.

Ello así, toda vez que (i) genera incertidumbre, mecanismos largos, burocráticos y obstáculos indebidos y que muchas veces deben terminar en procesos judiciales para el reconocimiento de su personería jurídica, impidiéndoles con ello el ejercicio de otros derechos, como el acceso a la tierra y contrariando los principios que rigen en la materia, (ii) no crea mecanismos de reclamo que permitan a las comunidades exigir eficazmente, y de acuerdo a los estándares del debido proceso, la adjudicación de las tierras a que tienen derecho, sometiéndose a procesos judiciales que duran años y no brindan respuesta, (iii) no cuenta con legislación adecuada ni instituciones idóneas para relevar, demarcar, adjudicar y titular tierras en favor de las comunidades indígenas, limitándose a prorrogar un estado de emergencia que difícilmente impida la continuidad de las violaciones a los derechos de las comunidades, y (iv) no garantiza recursos suficientes a las instituciones a

¹¹⁵ Informe de la Auditoría General de la Nación, aprobado por Resolución Nro. 100/2017, marzo de 2017, puntos 4.3 a 4.7. Accesible mediante: <https://www.agn.gov.ar/informes/auditoria-de-control-de-gestion-ambiental-2>.

¹¹⁶ Ley 23.302, artículo 6: “a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos; b) Dictar su reglamento funcional, normas de aplicación y proponer las que correspondan a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo; c) Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. Las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, relativas a la inscripción de las comunidades, así como a su cancelación, serán apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez (10) días; d) Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud; e) Proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país”.

cargo de operativizar los mandatos legales, generando una debilidad institucional que asegura la ineficacia y falta de implementación de políticas respetuosas de los derechos. Asimismo, la Normativa Federal no establece con claridad un mecanismo o pautas para la coordinación entre el Estado Federal y las Provincias, lo que genera incertidumbre en el ejercicio de las facultades constitucionales concurrentes, generando litigios y resultados contradictorios que van en contra del deber estatal de tener mecanismos efectivos y ágiles para garantizar los derechos de las comunidades.

El hecho de que la Normativa Federal no cumpla con los Estándares Interamericanos es de suma gravedad en virtud del rol que el Estado Federal está llamado a cumplir en el cumplimiento de los derechos en todo el territorio nacional. Ello así, no sólo en virtud de lo dispuesto por la Cláusula Federal contenida en el art. 28 de la CADH, sino también por el propio diseño constitucional imperante en Argentina.

Así, es jurisprudencia pacífica de la CSJN que, en virtud del principio de supremacía constitucional, la legislación federal constituye un piso mínimo de reconocimiento de derechos que debe ser respetado por las Provincias, las cuales no pueden dictar normativa menos respetuosa de los derechos. En ese sentido, y dado que en función de su piso debe operar el ejercicio de facultades concurrentes entre el Estado Federal y las Provincias, la existencia de Normativa Federal que establezca contenidos mínimos respetuosos de los derechos se presenta como fundamental para garantizar que las Provincias no dicten normas que vulneren derechos.

El caso que tiene en estudio la Corte IDH es un caso entre los muchos que componen el mapa de conflictos originados por reclamos territoriales insatisfechos, y repite patrones que atraviesan las vulneraciones de derechos de las comunidades indígenas en el resto del país. En este contexto, y siendo este el primer caso que resolverá la Corte IDH sobre la materia respecto de Argentina, se presenta la oportunidad de disponer medidas de reparación que contribuyan a que, **mediante la adopción de una Normativa Federal respetuosa de los Estándares Interamericanos, se asegure el cumplimiento de los derechos reconocidos en la CADH en todo el territorio del país, y se evite la repetición de los hechos.**

Este tipo de reparación ha sido ya dictada por la Corte IDH en otros casos, en la que se ha establecido la violación del artículo 2 de la CADH y ordenado la adopción de legislación adecuada, que garantice un recurso efectivo para el reclamo territorial, y mecanismos adecuados para el reconocimiento de la personería jurídica, la demarcación, titulación y adjudicación de las tierras¹¹⁷.

Sin otro particular y aguardando que nuestra intervención resulte de utilidad en la adopción de la decisión sometida a la consideración de la honorable jueza y los honorables jueces de esta Corte Interamericana de Derechos Humanos,

Saludamos cordialmente,



Martín Sigal
Director
Clínica Jurídica
Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires



María Noel Leoni Zardo
Docente
Clínica Jurídica
Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Buenos Aires, 28 de marzo de 2019

¹¹⁷ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 209; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 210; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 281. Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 209-2010; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 225; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 178; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, nota al pie n° 190.

**ANEXO I, CUADRO EXPLICATIVO DE LA NORMATIVA FEDERAL
VIGENTE EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Norma	Tema	Fecha	Resumen
Ley 23.302	Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes.	11/30/85	Crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Establece condiciones para otorgar el reconocimiento de la personalidad jurídica y para que las Comunidades Indígenas accedan a las tierras. Se analiza en el Acápito V.1 sobre las inconsistencias de dicha normativa respecto del reconocimiento de la personería jurídica; y en el Acápito V.3.c sobre la inexistencia de un mecanismo de adjudicación de tierras.
Ley 24.071	Aprueba el Convenio de la OIT N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.	4/03/62	Contiene normativa relevante con relación a la personería jurídica, a los mecanismos jurídicos para la reivindicación de sus territorios, y a la delimitación, demarcación, titulación y entrega.
Ley 26.160	Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionales. Fue prorrogada por las Leyes 26.554 (18/11/09), 26.894 (25/11/13) y la 27.400 (23/11/17).	11/01/06	Declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país y ordenó la realización de un relevamiento técnico jurídico catastral de las comunidades indígenas en Argentina. Se analiza en el Acápito V.3.a sobre la ineficacia del mecanismo para delimitar y demarcar tierras; y en el Acápito V.3.b sobre la inexistencia de un mecanismo de titulación.
Ley 26.994	Tierra y Territorio en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	01/10/14	El artículo 18 establece que las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no crea mecanismos eficaces para acceder a las tierras.
Decreto 155/1989	Reglamenta la Ley 23.302	2/02/89	Se analiza en el Acápito V.3.c sobre la inexistencia de un mecanismo de adjudicación de tierras.

Decreto 700/2010	Creación de la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena	20/05/10	El artículo 2 establece sus objetivos: a) Elevar al Poder Ejecutivo Nacional una propuesta normativa para instrumentar un procedimiento que efectivice la garantía constitucional del reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena, precisando su naturaleza jurídica y características; b) Evaluar la implementación del Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas en el marco de las Leyes N° 26.160 y N° 26.554; c) Elaborar iniciativas tendientes a unificar y homogeneizar el régimen legal y de criterios de inscripción de las Comunidades Indígenas en todas las jurisdicciones. Al día de la fecha persisten los problemas en estas tres temáticas conforme se analiza en los Acápites V.3.c, V.3.a y V.1 respectivamente.
Decreto 791/2012	Modifica el Decreto 155/89 reglamentario de la Ley 23.302	23/05/12	Establece la representación de las comunidades indígenas en el Consejo de Coordinación, creado en el ámbito del INAI, por el artículo 5 de la Ley 23.302.
Decreto 672/2016	Creación del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina	11/05/16	El artículo 3 establece entre sus funciones: a) Impulsar la reforma de la Ley N° 23.302, adecuándola a los estándares internacionales; proponer un proyecto de reglamentación del derecho a la consulta previa, libre e informada, conforme a lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la Ley N° 24.071 y un proyecto de reglamentación de la propiedad comunitaria indígena y c) Impulsar el relevamiento y ordenamiento del territorio para la efectiva posesión de las tierras por las comunidades. Al día de la fecha persisten los problemas en estas temáticas conforme se analiza en los Acápites IV, V.1, V.3.c y V.3.a .
Decreto 358/2017	Creación del Registro de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP)	22/05/17	Reconoce en uno de sus considerandos que la precariedad en la tenencia del suelo incide negativamente en la calidad de vida de las personas, limitando el acceso a la infraestructura y a los servicios públicos, lo que contribuye a la generación de situaciones de pobreza, marginación y fragmentación social. El artículo 1 dispone que la función principal del RENABAP será registrar los bienes inmuebles ya sean de propiedad fiscal o de particulares donde se asientan los barrios populares, las construcciones existentes en dichos barrios y los datos de las personas que habitan en ellas, al 31 de diciembre de 2016.
Resolución 152/2004 (INAI)	Creación del Consejo de Participación Indígena	02/04	Se crea a pedido de las comunidades y a fin de garantizar la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Establece que el consejo será integrado por representantes de los pueblos que habitan en cada provincia, elegidos por

			las autoridades comunitarias respetando sus pautas organizativas y culturales.
Resolución 235/2004 (INAI)	Creación del “Programa de Fortalecimiento Comunitario y Acceso a la Justicia”	04/04	Su objetivo es la asistencia a las comunidades en relación a acciones judiciales o extrajudiciales que decidan interponer para lograr acceder a la propiedad comunitaria. Se analiza en el Acápito V.2 sobre la falta de mecanismos para reivindicar las tierras, ya que no establece un mecanismo suficiente de reclamo sobre los derechos territoriales.
Resolución 587/2007 (INAI)	Creación del “Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas” (ejecución de la Ley 26.160)	25/10/07	Su objeto es la realización de un relevamiento técnico, jurídico y catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por comunidades indígenas de forma tradicional, actual y pública. Se analiza en el Acápito V.2 sobre la falta de mecanismos para reivindicar las tierras, ya que no establece mecanismos efectivos para realizar reclamos.
Resolución 328/2010 (INAI)	Creación del Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas	19/07/10	El objeto de la Resolución es la creación del Re.N.O.P.I. la cual debería inscribir la personería jurídica de las organizaciones que lo soliciten.