

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínez Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS SOBRE SUS TERRITORIOS TRADICIONALES. UN COMENTARIO AL FALLO “MARTÍNEZ PÉREZ”

Por Liliana E. Gavilán

Sumario: I- Introducción, II- Resumen de los hechos, III- Antecedentes normativos, IV- La cosmovisión de los pueblos originarios, V- Análisis del fallo “*Martínez Pérez*”, VI- Conclusión.

I- Introducción

El 10 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso N° 466/2013 “*Recurso de hecho deducido por la Comunidad Mapuche 'Las Huaytekas' en la causa Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros s/ Medida Cautelar s/ Casación*”¹, sentó un precedente sumamente importante que marca un camino ante los conflictos históricos que se suscitaron y se suscitan en el presente ante dos derechos constitucionales en pugna, esto es, el derecho a la protección estatal del territorio indígena y el derecho a la propiedad privada.

A lo largo del presente trabajo intentaré formular una serie de comentarios críticos exponiendo ejes históricos, normativos, sociales y culturales, necesarios e imprescindibles –a mi criterio- para interpretar, percibir y entender la cosmovisión de los pueblos indígenas, que anteceden al Estado de derecho que nos rige, adelantando mi postura positiva a la jurisprudencia en comentario.

II- Resumen los hechos

La Comunidad “*Las Huaytekas*” del pueblo Mapuche ocupa en forma tradicional el territorio denominado Los Repollos-El Foyel en la Provincia de Río Negro, cuya propiedad fue adquirida por el actor en el año 2000.

En base a los postulados de la Ley nacional N° 26.160, el I.N.A.I. (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) relevó las tierras de esa comunidad entre el 29 de noviembre y el 3 de diciembre de 2010 y verificó que los demandados son integrantes del Lof Palma-Villablanca –que es parte de la Comunidad Mapuche Las Huaytekas-, que ejercen posesión tradicional en el predio

1 Fallos: 338:1277.

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínes Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

en cuestión donde realizan actividades propias de la cultura Mapuche, productivas, espirituales, religiosas, relacionadas con la medicina tradicional, entre otras, al menos desde mediados de siglo XX.

En el año 2010, en el marco de un Trawn (Asamblea Mapuche) la Comunidad decidió que el Lof Palma, además de realizar esas actividades, moraría en las tierras. Las construcciones realizadas en consecuencia, motivaron la radicación de una denuncia penal y el ejercicio de un interdicto de recobrar la posesión, en los que el actor invocó el título de propiedad del inmueble.

Además, sostuvo el accionante que la posesión de los integrantes de la Comunidad se inició en el mes de noviembre de 2010 y que por ello, se encontraba excluida de la protección que brinda la Ley N° 26.160.

Tanto en Primera Instancia, como en la Cámara Civil de Bariloche y luego, en el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, se convalidó esta interpretación. Los demandados recurrieron la sentencia local ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, argumentando que el derecho de los pueblos originarios sobre el territorio ocupado incluye las tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso, como las que están en discusión en el caso; y por ello, el Estado está obligado a respetarlas y protegerlas, debiendo prohibir todo tipo de desalojo.

El fallo del Máximo Tribunal de la Nación, remitiéndose al Dictamen de la Procuradora General, recepta favorablemente el recurso de queja, articulado contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia provincial.

El *holding* de la sentencia en comentario puede sintetizarse de la siguiente manera: la protección estatal del territorio indígena debe habilitarse si se verifica que hay “*ocupación tradicional*” y no posesión en los términos de la legislación civil.

III- Antecedentes normativos

Considero conveniente -al menos de manera sucinta- mencionar los antecedentes normativos inmediatos de lo que denominaremos “la concepción privatista de la tierra” por un lado y “la concepción de la ocupación tradicional de tierra indígena” por el otro, que permitirán arribar a la postura asumida en este trabajo.

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínes Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

En Argentina, la propiedad privada se encuentra consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

Así, el mencionado artículo 17 dispone que "(...) *la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley (...)*".

En cuanto al contenido del derecho tutelado por esa cláusula constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la propiedad "*comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad*"².

Por su parte, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente: "*Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley*".

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "*el significado jurídico ordinario de la palabra propiedad se refiere al derecho de disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho*"³.

Si bien puede afirmarse que tales comprensiones resultan por demás genéricas, pues exceden en mucho la propia del derecho civil, no se debe perder de vista que se trata de la interpretación de dos normas que integran el bloque de constitucionalidad federal. Es decir, en ella estarían comprendidas no solo la propiedad privada susceptible de valor pecuniario, sino también todas aquellas posesiones que representen para la persona algo "valioso".

No obstante, en lo que a este acápite interesa, el artículo 17 de la Constitución Nacional protege de modo genérico la propiedad privada o individual; que a su vez, recibe protección específica en la legislación civil y en otras legislaciones especiales. De hecho, el Código Civil y Comercial establece en su artículo 15 respecto a la titularidad de derechos que "*las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se*

² Fallos: 144:220 y 155:307.

³ C.I.D.H., in re "Marzióni".

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínez Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

establece en este Código" y seguidamente, agrega en su artículo 16 sobre los bienes o cosas, que "los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas".

Entonces, de acuerdo a lo previsto por el Código Civil y Comercial, las personas son titulares de derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio, los que pueden recaer sobre bienes materiales susceptibles de valor económico. Por ello, en tanto la concepción privatista de la tierra la considera como un bien apropiable -desde el ascenso de la burguesía al poder-, cabe señalar que ella resulta comprendida en el concepto de "bien material" o "cosa".

Cabe aclarar que siendo la relación de una persona con una cosa la esencia misma de la protección legal de la propiedad privada, en tanto y en cuanto esa persona pueda usar y disponer de la cosa como dueño y señor, se dirá que tiene un poder jurídico sobre ella. Ese “derecho real” se encuentra protegido en el Código Civil y Comercial, en su libro cuarto sobre la propiedad privada de las cosas, incluida la de la tierra, al abordar el tratamiento de los derechos reales.

Por otra parte, la concepción de tierra por parte de los pueblos originarios halla sus orígenes de vigencia en tiempos anteriores a la existencia misma del capitalismo y se ha mantenido incólume desde entonces, gracias a la defensa incansable de quienes la pregonan, que, entre otras cosas, han logrado un amplio reconocimiento de la comunidad internacional.

Desde ésta óptica, parten de la base de considerarla como algo inapropiable, insusceptible de adquirir valor económico y, por ende, imposible de mercantilizar. La concepción de la tierra para este segundo grupo de personas se asemeja más al concepto de territorio y reviste una importancia especial no sólo como medio de subsistencia, sino también como parte integrante de su cultura y de su particular cosmovisión.

Esta visión comunitaria de la tierra no busca la obtención de un provecho o beneficio económico a través de su explotación, sino que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra y, más bien, persigue la coexistencia con ella a partir de una concepción de la misma que la posiciona como algo sagrado cuyo respeto permite la conservación floral, faunística y humana.

Ahora bien, antes de continuar, corresponde hacer una aclaración: si bien la concepción indígena de la tierra no comprende el concepto de propiedad privada proveniente de la antigua



Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo "Martínez Pérez"

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

Europa liberal-burguesa, cuando hablamos de la propiedad de la tierra desde esta concepción hacemos uso del instituto de la "propiedad" comunitaria creado por el Estado y otros entes internacionales como forma de entender la estrecha relación que tiene este grupo de personas con la tierra y a la vez con los recursos naturales vinculados a su cultura.

En ese sentido, el artículo 13 en sus puntos 1 y 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley nacional N° 24.071 dispone que: "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación" y "La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

IV- La cosmovisión de los pueblos originarios

Esta concepción de la tierra tiene una vigencia mucho más antigua que la concepción privatista de la tierra, pues existe desde tiempos muy previos a la colonización, cuando resultaba ser la única concepción reinante en América Latina. Son conocidas las historias que describen el mundo indígena antes de la llegada de los españoles y en ese sentido, sus formas de vida transparentadas en los medios empleados para alimentarse, la utilización de plantas con propiedades medicinales para el cuidado de la salud, la celebración de rituales de adoración a la tierra, etc., constituyen sólo algunos ejemplos del uso particular que hacían de ella.

También es conocido que en la cosmovisión de los pueblos originarios siempre se dijo que la tierra no pertenecía a las personas, sino que las personas pertenecían a la tierra. Los indígenas vivían naturalmente en sus territorios ancestrales de acuerdo a su costumbre. Detentaban la tierra de modo originario ya que nadie se las había dado, eran los primeros ocupantes y esta tierra se transmitía históricamente a sus descendientes.

Los pueblos originarios se sienten parte de la naturaleza y a ello apunta la ocupación del suelo en forma colectiva y en favor de la comunidad, además de otras formas de relación con la tierra de las cuales se sirvió conjuntamente con su grupo de pertenencia. Como ejemplo puede



Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínez Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

mencionarse la existencia de territorios de invernada y veraneada para sus rebaños, las aguadas, los pozos, los territorios de caza, las zonas de recolección o pesca, los cementerios grabados en la memoria histórica, etc.

En este punto es menester señalar que la propiedad comunitaria es colectiva, la tierra no constituye riqueza ni es susceptible de generarla, mucho menos posible resulta su enajenación. Sí posee la tierra un valor político, social, cultural y resulta ser un elemento fundamental en su sistema de valores culturales. Los lazos se mantienen con el pasado y los ancestros así como con el futuro y las generaciones venideras, desde la pertenencia del presente.

En estas culturas la pertenencia a la naturaleza está mediatizada por -y se basa en- la tierra, cuyas relaciones remiten a sus propias concepciones comunitaristas. Su productividad no tiene el sentido de explotación sino de fuente de vida, de conservación del ecosistema, de coexistencia con la naturaleza y de protección del medioambiente.

Desde el arribo europeo a las costas americanas, hasta la firma del Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la "Protección e integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países independientes" en el año 1957, ratificado por Argentina el 18 de enero 1960 (denunciado el 3 de julio de 2000 en virtud de la ratificación del Convenio N°169) por el Congreso Federal, la concepción indígena de la tierra se vio desplazada, silenciada y se impuso en este lado del planeta, la plena vigencia del paradigma desarrollista de la propiedad individual y la acumulación de capital.

A partir de la firma de aquel Convenio de la O.I.T., que surgió como respuesta a los reclamos de los indígenas de todo el mundo, en Argentina comenzó a darse un fenómeno de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas que influyó notablemente en el ámbito nacional y determinó que el Estado Argentino firmara otro Convenio de la O.I.T. en materia de derecho indígena denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, más conocido como Convenio 169 de la O.I.T., que fuera aprobado por el Congreso de la Nación en 1992 mediante Ley nacional N° 24.071.

A ese movimiento se sumaron reclamos más poderosos por parte de las comunidades indígenas que vieron en la firma de los convenios un escenario más alentador para la prosperidad del reconocimiento de sus derechos. La firma en 1957 del Convenio 107 de la O.I.T. y luego del

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínez Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

Convenio 169 de la O.I.T., fueron creando un camino propicio para velar por un reconocimiento de derechos de raigambre constitucional.

Con la gran influencia de este movimiento, a fines del siglo XX las constituciones latinoamericanas comenzaron a reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios y es allí cuando comienza a brotar la necesidad de reconocer su especial derecho de propiedad sobre sus territorios ancestrales.⁴

Dicho proceso culmina en nuestro país con la reforma constitucional de 1994 al reconocer la propiedad y posesión de sus tierras a las comunidades indígenas en el artículo 75 inciso 17, que dispone lo siguiente: "*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”.

Además, se suman diversos tratados internacionales, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C. y P.); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.); y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En ese orden, la C.A.D.H. establece en su artículo 21 la protección de la propiedad privada. Sin embargo, y aunque no menciona expresamente la propiedad comunitaria indígena, una lectura apresurada podría llevar a pensar erróneamente que de su letra solo se desprende el resguardo de un paradigma privatista, pero lo cierto es que la Corte I.D.H., máximo intérprete de la Convención, se ha ocupado de desentrañar el verdadero contenido de la protección del artículo 21.

En tal sentido, la Corte ha dicho que "*(...) mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de*

⁴ Conf. Abreut de Begher, L., 2012

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínez Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución política de Nicaragua”⁵.

V- El Fallo “Martínez Pérez”

Sentados someramente ambos conceptos, cabe considerar que en el caso en estudio es la primera vez que la Corte interpretó el alcance de la Ley nacional N° 26.160, así como el valor probatorio del relevamiento realizado por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, en función de lo dispuesto por el artículo 3° de dicha norma (punto IV del dictamen de la Procuradora).

Del relevamiento territorial se desprendió que la comunidad y el Lof Palma ejercen la posesión comunitaria en la parcela en disputa. Tal como surge del informe realizado por aquél instituto, sus integrantes mantienen un lazo material y simbólico con las tierras que ocupan.

Desde tiempos remotos realizan prácticas de recolección y pastoreo que se desarrollan en épocas estacionales e intercambian productos entre los vecinos. Conservan tradiciones vinculadas al teñido de lanas y tejidos con diferentes especies autóctonas, trabajo en cuero curtido con piedra lumbre, recolección de yuyos que utilizan por sus propiedades curativas, entre otras actividades productivas que realizan mediante proyectos colectivos. Celebran también ceremonias religiosas en el rewe - espacio ceremonial-, como el Karnaruko, una rogativa que se lleva a cabo en el bosque sagrado de Las Huaytekas.

Con relación al alcance de la Ley, la Corte la encuadra como corresponde en el tercer escalón de la jerarquía normativa. Por eso, señala que su interpretación debe realizarse armonizándola con las normas superiores que regulan la materia indígena. Esto implica suprimir la aplicación de toda o parte de la norma que se contraponga a las disposiciones superiores, siguiendo la prelación establecida en los artículos 75 inciso 22 y 31 de la Constitución Nacional.

En relación con ello, la mayor jerarquía normativa del Convenio 169 de la O.I.T. implica que las leyes federales deban adecuarse e interpretarse en función de dicha norma internacional

⁵ Corte I.D.H.. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua Sentencia del 31 de agosto de 2001.

Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínes Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

superior que establece la prohibición de desalojar comunidades que ocupan tradicionalmente, incluso si no existiera la Ley N° 26160.

El artículo 14 del referido convenio reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, ordena la determinación de las tierras y territorios, así como su efectiva protección; y la adopción de medidas para salvaguardar el derecho de estos pueblos a utilizar tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos (incs. 1 y 2). Y el artículo 16 dispone que estos pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

En este fallo se llega a concluir que la posesión comunitaria indígena tiene jerarquía normativa superior a la posesión civil del derecho privado. Así, la interpretación del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro vulneró no sólo la Constitución Nacional (art. 75, inciso. 17), la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (arts. 1°, 2°, 8° y 21), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 1°, 2°, 4°, 13, 14, 16, 17 y 18) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 25 a 28), sino también el principio pro homine que debe servir de guía para interpretar los derechos involucrados.

En ese sentido, reiteramos que el uso y la ocupación territorial indígena van "*más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines*"⁶, que no se reduce a la casa de residencia, sino que comprende distintos usos culturales de la tierra y de los recursos naturales.

Entiendo que esta sentencia marca un antes y un después en la aplicación del Derecho de los Pueblos Indígenas en Argentina y que pone luz sobre un debate que se viene dando en la doctrina especializada hace varios años.

VI- Conclusión

Felizmente, la Corte Suprema nos ha dado una clara señal a favor de avanzar en la consolidación un estado pluriétnico y multicultural, que comprenda la diversidad y autonomía de

⁶ Dictamen de la Procuradora General de la Nación en el fallo: 338:1277.



Título: El Derecho de los Pueblos Originarios sobre sus Territorios Tradicionales. Un comentario al Fallo “Martínes Pérez”

Autora: Liliana E. Gavilán

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 3- Año 2018

los pueblos, en la nueva noción del principio de igualdad real, respetando al sujeto distinto, no aplicando en forma automática las categorías del Derecho Civil, por ser ellas ajenas al Derecho de los Pueblos indígenas.

La sentencia resulta particularmente importante porque irradia sabiduría frente a la posición de ciertos sectores públicos y privados que a diario violan el derecho indígena, negándose a aceptar que las tierras y territorios de los pueblos originarios sean relevadas por el Estado como tales, aduciendo que se trata de ocupaciones “*no actuales*” por ser posteriores a la vigencia de la Ley N° 26.160, en un intento por vaciar de contenido el derecho tutelado por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

Este fallo viene así a dismantelar esas posturas, dejando claro que dicho relevamiento tiene un componente histórico-antropológico, que verifica –como sucedió en el caso- las circunstancias de hecho que todos conocemos; esto es, que la mayor cantidad de superficie del territorio indígena les fue despojada a los pueblos originarios y que si hoy no habitan allí, eso ocurre por razones ajenas a su voluntad (ej. Desalojos forzosos, genocidio, desastres naturales, megaemprendimientos extractivos, etc), pero esos impedimentos no implican que hayan perdido el vínculo espiritual y la relación con esos espacios territoriales.

Por ello, resulta indiferente si la tierra despojada o perdida involuntariamente fue recuperada antes o después de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.160 (o incluso con posterioridad a que ésta deje de tener vigencia) porque si hay ocupación tradicional indígena, tal hecho está legitimado por la Constitución de la Nación Argentina y el Estado está por ello obligado a RESPETARLA Y PROTEGERLA.