

Derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales

ÑUSHPI QUILLA MAYHUAY ALANCAY

“Del olvido, surgimos para gritar nuevas esperanzas; de las redes de la violencia, surgimos para transmitir un sentido de paz; de la orfandad y de la incógnita nacimos para gritar identidad.”¹

1. Introducción

Este año el presente capítulo trata un tema de vital importancia para nuestros hermanos y hermanas indígenas, que ha conllevado y sigue generando una larga y ardua discusión; por ello, creemos totalmente necesario volver a debatir e instalar este tema en la agenda política actual. En esta ocasión se presentará y trabajará sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a la luz de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y el pronunciamiento de diferentes órganos de sistemas de protección de derechos humanos, así como del marco normativo nacional, haciendo

¹ Palabras expresadas en el 1er Seminario sobre Jurisdicción Especial Indígena. Marzo de 1997, en Popayan, Colombia.

un especial detenimiento en el desarrollo de la Ley N° 26.160, y la situación actual de los pueblos indígenas en Mendoza.

La idea principal de este trabajo reviste en que el mismo sirva tanto como herramienta de acceso a información y conocimientos, como de puntapié para dar inicio o continuidad a una discusión necesaria que nos debemos dar como sociedad, con el respeto, la seriedad y el compromiso que corresponde; mucho más a partir de los acontecimientos que se han podido visibilizar y que a diario viven las y los hermanos indígenas en todo el país, y Mendoza no escapa de ello.

2. Algunas consideraciones previas

Resulta necesario primero -como hemos hecho en años anteriores-, ubicarnos desde la perspectiva y el entendimiento de la filosofía de vida de nuestros hermanos y hermanas indígenas que se conforma de valores y principios totalmente disímiles a los propuestos por el actual sistema dirigente.

Para explicar fidedignamente el significado de la cosmovisión indígena, traeremos a colación las proclamas manifiestas y tomadas como banderas de lucha por diversos pueblos indígenas de nuestra AbyaYala², en el “1er Congreso de Movimientos Indios de Sud América” (año 1980) y en el “1er Seminario sobre Ideología, Filosofía y Política de la Indianidad” (1982):

“Todo conocimiento y pensamiento indio corresponde a su propia realidad social y a la realidad de su relación con la madre naturaleza de la cual el hombre es integrante y consecuencia. Naturaleza, seres vivos, hombre y organización social humana somos la misma cosa, unidades menores diferentes hermanadas y regidas por las mismas leyes e integrantes de la gran unidad mayor: el Universo o Cosmos (...) Desde esta concepción india, la naturaleza, humanidad y sociedad son una misma cosa y no partes excluyentes ni enemigas entre sí (...) En el universo todos los elementos están organizados colectiva y comunitariamente, entre ellos no hay desigualdades antagonicas, sino posiciones y situaciones diferentes, complementarias y armónicas (...) La religión, como producto de la cultura humana, es la práctica de la convivencia armónica entre el hombre y el universo, es nuestro diálogo, nuestra comunicación permanente y nuestro intercambio recíproco de valores con nuestra Madre Naturaleza. Es la vida diaria en franco respeto y armónica convivencia e interrelación con los demás seres que habitan en nuestra Pacha Mama y el cosmos.”³

Asimismo, volvemos a hacer hincapié en la diferencia entre Pueblo y Comunidad indígena. Como bien expusimos en nuestro Informe del año 2014, dichos términos no implican un mismo significado: los Pueblos Indígenas están conformados por Comunidades Indígenas, y los pueblos conformados son Naciones. Es por este motivo que las comunidades se encuentran conformadas por un grupo de familias indígenas pertenecientes a un pueblo, por lo que los pueblos/naciones indígenas pueden verse

conformadas por un sinnúmero de comunidades.

Es clara esta diferenciación en el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional al establecer en primer término el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, es decir entendiendo a éstos como sujetos de derecho; y posteriormente, el de la personería jurídica de sus Comunidades Indígenas, confirmando tal reconocimiento para efectivizar el derecho a posesión y propiedad indígena. Cabe destacar que la elaboración y redacción del texto de dicha norma, responde a los aportes y el trabajado realizado por varios referentes indígenas que participaron activamente de la Convención Constituyente del año 1994, por ello la coherencia de tales conceptos.

Definiciones técnicas sobre algunos conceptos

Desde hace varios años, se ha considerado que el derecho de propiedad colectiva se reconoce y aplica no sólo a pueblos indígenas sino también a los pueblos tribales, ejemplo de ello lo encontramos en el sistema interamericano a través de los casos *Aloeboetoe*⁴, *Comunidad Moiwana*⁵ y *Pueblo Saramaka*⁶.

Un **pueblo tribal** es un pueblo indígena pero que no es propio a la región que habita, comparte características similares, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas pero diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, al identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.⁷

Respecto a **Tierras y Territorios**, empezaremos con los conceptos aportados por la Comisión Interamericana en su informe “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”⁸, en el cual consideró que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo. Integralmente, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Art. 13.2 dispone en forma similar que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Este concepto amplio de tierra y territorios indígenas adoptado por la CIDH, incluye dentro de esta última categoría, los espacios utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso, al considerar que esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con

4 Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Fondo. Sentencia de 4/12/1991. Serie C N° 11.

5 Corte IDH. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15/06/2005. Serie C N° 124.

6 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28/11/2007. Serie C N° 172.

7 *Ibidem*. Párr. 79/ Esta definición concuerda con lo establecido en el Art. 1.1.a del Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

8 CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. 30/12/2009. Pág. 13 y 14.

2 Traducción: tierra en florecimiento. Es así como denominaba y sigue llamando al continente americano el pueblo Kuna. Este pueblo indígena se encuentra hoy ubicados en Panamá y Colombia.

3 “Situación de los Derechos Humanos en Mendoza”. Informe Xumek 2016. Cap. Derecho Indígena. Pág. 300.

la tierra y el territorio, incluyendo área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados a su tradición cultural. El uso y la ocupación territorial comprende las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines; los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo.

Por último citaremos las palabras de la abogada y jurista indígena (kolla), Nimia Ana Apaza: “para nosotros, territorio es el espacio geográfico en donde desarrollamos nuestra vida, la cultura que nos identifica, el derecho que nos rige y en donde tiene lugar el proceso de autodeterminación. Es un derecho fundamental, porque garantiza la continuidad de la vida de los Pueblos. Sin territorio un Pueblo Indígena está destinado a desaparecer, especialmente por la profunda relación espiritual del hombre originario con su tierra”.⁹

3. Derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional

Este apartado configura un puntapié para analizar, en primera medida, el actual accionar del Estado Argentino frente a los compromisos internacionales asumidos respecto a los derechos de los pueblos indígenas, reconocidos en el derecho interno constitucionalmente (Art. 75 inc. 17, 19 y 22 de la Constitución Nacional).

Cuando un Estado ratifica tratados internacionales de derechos humanos, asume ante el mundo las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar esos derechos, sin interferir en el disfrute de los mismos, ni limitarlos. Se comprometen a adoptar medidas positivas internas compatibles con dichas obligaciones y deberes, -que faciliten el acceso y disfrute a los mismos, tanto a las personas en particular como a los grupos de ellas.

Ahora bien, se ha conformado hoy un *Corpus Iuris* internacional sobre derechos de los pueblos indígenas del cual se debe tener especial consideración al momento de tratar este tema, integrado por el *Convenio Internacional N° 169 de la OIT* del año 1989, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, y la reciente *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, la cual entra en vigencia en junio del 2016, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). A ello deben sumarse los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, dispuestos en el Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Además deben tomarse en consideración los pronunciamientos de los tres mecanismos existentes en el marco de las Naciones Unidas: “Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, “Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas” y “Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”; como también los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte Interamericana (Corte IDH), así como la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

9 Dra. Nimia Ana Apaza, Jurista Indígena. “Ley de propiedad comunitaria indígena. Presupuestos básicos para la implementación de la ley de propiedad comunitaria indígena”. Septiembre de 2010. Punto 4.

Todo este plexo normativo implica que cualquier regulación interna adicional, que trate sobre derechos de los pueblos indígenas, debe adecuarse lo dispuesto por estos instrumentos y pronunciamientos ya que los mismos resultan derecho válido y vigente en Argentina.

a. Corpus Iuris sobre derechos de los pueblos indígenas

El **Convenio 169 de la OIT** representa la primera herramienta jurídica más importante para las y los indígenas, con él encontraron un fuerte respaldo legal para reclamar y hacer valer sus legítimos derechos. Respecto a derechos territoriales, el mismo los trata en la II Parte “Tierras”, artículos 13 al 19. A continuación haremos mención de algunas disposiciones importantes que brinda este apartado:

- 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 que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

- Se reconocerá el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. En los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

- Se tomará las medidas necesarias para determinar las tierras y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, así como de instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de las tierras.

- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Comprender el derecho de los pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

- Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Siempre que sea posible, deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. Cuando el retorno no sea posible, los pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean al menos iguales a las que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro.

En lo referente a la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, la misma resulta hoy uno de los más completos instrumentos que clarifica y confirma derechos que ya son formal y legalmente vinculantes y aplicables. Pese a no ser un tratado ratificado por los Estados, como instrumento universal de derechos humanos, obliga moral y políticamente a todos los Estados miembros de la ONU a la plena aplicación de su contenido.¹⁰

10 “Prórroga de la Ley de Emergencia Territorial Indígena”. Informe elaborado por diferentes

Ésta reafirma que el derecho a la tierra y el territorio de los pueblos indígenas es un derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza¹¹. Específicamente en su Art. 26 determina que *los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido, y los Estados deberán asegurar el reconocimiento y protección jurídicos a este derecho respetando debidamente las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate*.

Asimismo, acompaña este reconocimiento en los artículos 10 (derecho a no ser desplazados de sus tierras o territorios sin el consentimiento libre, previo e informado), 25 (derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado), 27 (los Estados deben respetar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas sobre sus tierras), 28 (derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución, por las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente hayan poseído), 30 (derecho a que sus tierras y territorios no sean usados para actividades militares) y 32 (derecho a determinar y elaborar estrategias de desarrollo o utilización en sus tierras, territorio y recursos). Todos ellos deben ser complementados con el derecho a la participación y consulta previa.

Por último, y como reciente incorporación, se encuentra la **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, la cual cuenta con un carácter similar al anterior instrumento respecto a su nivel de catamamiento, sólo que en este caso el ámbito de aplicación y alcances de la misma es a todos los pueblos indígenas de las Américas (Art. 1).

En la Sección Quinta que trata los Derechos Sociales, Económicos y sus Propiedades, dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a: 1) *mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras*; 2) *las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido*; 3) *poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*; 4) *los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos -dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate- y 5) derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes- los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación-.* (Art. XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos).

organizaciones de la sociedad civil y referentes indígenas. Año 2017. Pág. 2.

11 "Los derechos de los pueblos indígenas explicado para todas y para todos". UNICEF. Impreso en Argentina. 1ra edición. Agosto/2008. Pág. 7.

b. Importantes aportes de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los órganos del Sistema Interamericano han prestado particular atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad colectiva sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto garantía del disfrute de otros derechos básicos¹². Este derecho se enmarca específicamente en el Art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); si bien ninguno de ellos se refiere expresamente a los derechos de los pueblos indígenas o tribales, tanto Comisión como Corte los han interpretado en sentido de proteger los derechos que tienen tales pueblos y sus integrantes sobre sus territorios¹³. Cabe destacar, en nuestro ordenamiento jurídico interno ambos instrumentos jurídicos gozan de jerarquía constitucional.

Desde los '80, la **Comisión Interamericana** se ha pronunciado en forma sistemática sobre los derechos de los pueblos indígenas tanto en sus informes especiales como a través del sistema de peticiones y casos (informes de admisibilidad, fondo, solución amistosa, medidas cautelares así como demandas y solicitudes de medidas provisionales interpuestas ante la Corte IDH).

El primer antecedente lo encontramos en el año 1972 con su resolución sobre "Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial", en ella afirmó que por *razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a las poblaciones indígenas*. Además, entre los primeros casos ante la CIDH tenemos el de *Comunidades Guahibos*¹⁴ y el del *Pueblo Yanomami*¹⁵, representando este último una doble importancia: confirmó que el sistema interamericano era capaz de proceder violaciones a derechos colectivos, como en el caso de la propiedad, vida, salud y bienestar; y segundo, por primera vez una resolución de un organismo intergubernamental solicitaba la demarcación del territorio¹⁶. Cabe agregar el primer informe temático sobre pueblos indígenas en 1983, sobre la *Situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*.

Otro importante avance fue el del año 1990 con la creación de la "Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas": la misma surge con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América, al considerar que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad, y con la idea de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Inter-

12 CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividad de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. 31/12/2015. Párr. 225.

13 Ut supra nota 8. Párr. 5.

14 CIDH. Comunidades Guahibos vs. Colombia. Caso 1690. Año 1972.

15 CIDH. Informe Anual 1984-1985. OEA/Ser.L/V/II.66. Cap. III. Resolución N° 12/85. Caso 7615. 5/03/1985.

16 CIDH. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.108. 20/10/2000.

mericana en dicha temática.¹⁷

Haciendo foco en el tema del presente capítulo, en 2009 presenta un informe temático que desarrolla su contenido específicamente sobre “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”, un muy interesante e importante trabajo que abordó un tema que desde siempre generó (y sigue generando) fuertes contradicciones e injusticias. Asimismo, uno de los últimos aportes realizados ha sido el del año pasado a través del informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.”

En 1998, la CIDH remite a la **Corte Interamericana** el primer caso referido al derecho a la propiedad de una comunidad indígena, teniendo sentencia en el año 2001: caso *Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua*. Este primer antecedente jurisprudencial fue trascendental para el posterior desarrollo en materia de derechos territoriales indígenas. En el voto razonado conjunto de los jueces CançadoTrindade, Pacheco Gómez y Abreli Burelli del caso, se sostuvo que la Corte, por primera vez, profundizaba en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, como punto central de la sentencia; entendieron que la forma comunal de propiedad, resulta más amplia que la concepción civilista de propiedad privada.¹⁸

Desde aquel momento han sido presentados ante la Corte IDH varios asuntos referidos a distintos ámbitos del derecho de propiedad de pueblos indígenas y tribales, dando lugar a las siguientes sentencias (sólo las que han tratado el derecho a la propiedad): caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam* Comunidad *Yakye Axa vs. Paraguay*, ambos del año 2005; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* de 2006; *Pueblo Saramaka vs. Surinam* de 2007; *Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay* de 2010; *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 2012; *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá* de 2014; *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, y *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, los tres en 2015.

Estos casos han dejado sentados importantes conceptos, entendimientos y avances en esta materia y por ello replicaremos algunos que consideramos de gran trascendencia:

- La estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras¹⁹. Resulta primordial

el reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad para su supervivencia física y cultural, en consideración de los lazos únicos y duraderos que los unen con sus territorios ancestrales.²⁰

- Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que significaría la desprotección para millones de personas.²¹

- El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debe ser suficiente para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su siguiente registro.²²

- Respecto a lo que implica la posesión de las tierras reclamadas y su exigencia para el reconocimiento de la propiedad comunitaria, la Corte ha determinado que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional les otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.²³

- Los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de la tierra²⁴, y éste debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica sino en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica²⁵. Para obtener dicho título, los Estados deben adoptar medidas positivas y crear mecanismos efectivos, en primer lugar, para demarcar y delimitar el territorio, con participación y consentimiento informado del pueblo en cuestión²⁶, con respeto a sus tradiciones, mediante procedimientos culturalmente adecuados²⁷. El reconoci-

nes y Costas. Sentencia 31/08/2001. Serie C Nº 79. Párr. 149.

20 Ut supra nota 5. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Párr. 131.

21 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29/03/2006. Serie C Nº 146. Párr. 120.

22 Ut supra nota 19. Caso Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Párr. 151.

23 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 24/08/2010. Serie C Nº 214. Párr. 109.

24 Ut supra nota 19. Caso Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Párr. 153.

25 Ut supra nota 6. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Párr. 115.

26 Ut supra nota 5. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Párr. 209 y 210.

27 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia 27/06/2012. Serie C Nº 245. Párr. 177 y 201.

17 Disponible en: Sobre la Relatoría. Mandato. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>

18 “Sumario de Jurisprudencia. Pueblos Indígenas”. Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos. CEJIL. 2014. Pág. 14.

19 Corte IDH. Caso Comunidad Mayagma (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparacio-

miento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado oficialmente la propiedad.²⁸

- Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: deben estar establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²⁹

- La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, por ser su principal medio de subsistencia y por constituir un elemento integrante de su cosmovisión y de su identidad cultural.³⁰

- El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido el mismo no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio: se considera tal a aquellos que los pueblos indígenas y tribales han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida del pueblo.³¹

4. Marco normativo nacional en relación al derecho de posesión y propiedad indígena

A partir de la reforma constitucional del año 1994, se producen e introducen importantes cambios y reconocimientos en materia de derechos, sobre todo en lo referente a pueblos indígenas se incorpora dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación lo siguiente:

Art. 75 inc. 17: *“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, 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”*

Inclusive, y no dato menor, el mismo artículo en su inciso 19 suma a estas atribuciones el dictado de leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural. Asimismo, el inciso 22 otorga jerarquía constitucional a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, encontrándose entre ellos tanto instrumentos jurídicos del sistema universal (Naciones Unidas) como del sistema regional (OEA).

²⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C N° 125. Párr. 143.

²⁹ *Ibidem*. Párr. 144 y 145 (explicación de cada criterio).

³⁰ *Ibidem*. Párr. 135.

³¹ *Ut supra* nota 5. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Párr. 122.

Cabe destacar que en el año 1992, a través de la ley N° 24.071, Argentina ratificó el Convenio 169 de la OIT, por lo que dicho instrumento resulta vinculante para nuestra legislación nacional. En tanto la Declaración de Naciones Unidas como la Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, tal como se explicó con antelación, configuran recientes fuentes de obligaciones jurídicas para el Estado, las cuales debe respetar y garantizar a las y los hermanas indígenas por ser miembros de la ONU como de la OEA.

Además, no se debe pasar por alto la última normativa nacional incorporada en 2014, con el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: en su Título Preliminar, Capítulo IV (Derechos y Bienes), el Art. 18 dispone para las *comunidades indígenas reconocidas el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, y de conformidad con lo dispuesto por el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional*.

Desde 2006, en nuestro ordenamiento jurídico interno existe una ley -con sus limitaciones- que versa sobre el derecho de posesión y propiedad de las tierras que ocupan actual y tradicionalmente distintas comunidades indígenas en Argentina. En palabras de quienes impulsaron la sanción de la Ley N° 26.160 (de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras), la misma surgió *con la intención de empezar a dar respuestas institucionales concretas a una realidad apremiante*.³²

A continuación se realizará un análisis detallado de lo que implica dicha ley y el porqué de su necesidad de prórroga.

5. Ley 26.160: entre el reconocimiento de derechos y su verdadero ejercicio

A fines del año 2006 se sanciona la ley N° 26.160, conocida actualmente como Ley de Emergencia Territorial Indígena. Esta norma tiene carácter de orden público, por lo cual es de obligatorio cumplimiento en todo el territorio del país. Surge con el objeto de relevar las tierras ocupadas por las comunidades indígenas a lo largo del territorio nacional, una de las principales obligaciones que el Estado argentino ha contraído al reconocer los derechos de los pueblos indígenas tanto en la Constitución Nacional como por los compromisos internacionales asumidos.

Dicha ley por su carácter de emergencia, ha sido prorrogada en dos oportunidades: en el año 2009 mediante la ley N° 26.554 y en 2013 por la ley N° 26.894. Cabe recordar que este tipo de leyes (de emergencia) se producen por necesidad de orden público o ante circunstancias que merecen atención, son de carácter transitorio y se toman medidas expeditas para remediar o proteger una determinada situación; por tales motivos, resulta necesario prorrogarlas conforme las circunstancias del caso, es decir, si han logrado o no el resultado por el cual fueron creadas.

Bien es sabido que a partir de la última reforma constitucional, uno de los derechos reconocidos a nuestros pueblos indígenas es la posesión y propiedad comunitaria.

³² “Ley 26.160. Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras”. Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas. INAI. Pág. 5.

Empero, desde aquel momento hasta el año 2006, existía (y aún sigue existiendo) una brecha importante entre el reconocimiento de derechos y su pleno ejercicio. A partir de la lucha persistente de los hermanos y hermanas indígenas en la defensa de sus derechos, se logra la sanción de la ley 26.160.

Desde aquel momento a la fecha, la misma ha resultado una herramienta legal de suma importancia, ya que *suspende* toda acción judicial o administrativa que tienda al desalojo de las comunidades indígenas de sus territorios y *ordena* el relevamiento de las tierras comunitarias que en forma actual, tradicional y pública ocupan las comunidades³³. Además, a través del Decreto Presidencial 1122/2007 (de reglamentación y autoridad de aplicación de la ley 26.160), se establece que las comunidades gozan de este derecho, tengan o no registrada su personería jurídica, con la consulta y participación del Consejo de Participación Indígena (CPI) y el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), órgano encargado del relevamiento técnico-jurídico-catastral.

En virtud de la última declaración de prórroga, se dio vigencia a la ley hasta el 23 de noviembre del corriente año. Cuestión que hoy se torna preocupante y de merecedora de atención ya que a la actualidad (fines de octubre de 2017) se ha logrado sólo media sanción al proyecto de ley que otorgaría una nueva prórroga: el día miércoles 27 de septiembre se aprobó por unanimidad en Cámara de Senadores Nacionales la prórroga de la ley 26.160 por cuatro (4) años más. Este proyecto de ley no conlleva ningún tipo de modificación ni agregado ni eliminación al texto original, es decir, sólo prórroga su vigencia hasta el año 2021³⁴. A un mes de la fecha de vencimiento, aún no ha habido pronunciamiento por parte de la Cámara de Diputados.

a) La situación actual del relevamiento técnico-jurídico-catastral en números³⁵

Cabe destacar que el relevamiento abarca tanto a las comunidades indígenas registradas en el INAI o en organismos provinciales competentes, como aquellas que sin haber registrado su personería jurídica pertenezcan a un pueblo indígena preexistente (Art. 1 del Decreto Presidencial 1122/2007).

El relevamiento implica la constatación de la organización comunitaria y los aspectos socio-productivos de las comunidades indígenas; verificar la ocupación actual, dar cuenta de los antecedentes sobre tenencia de la tierra y ocupación de los predios; relevar los territorios y volcarlos en un mapa. Luego, se elabora un dictamen con la conformidad del pueblo en el que se respalda esta información. Todo este proceso debe realizarse con la consulta y participación de las comunidades.

A partir de información proporcionada por el INAI-órgano encargado del

relevamiento a través de los Equipos Técnicos Operativos (ETO) en el marco del Programa Nacional de Relevamiento Territorial Indígena (ReTeCI)-, al día de hoy hay 1532 comunidades registradas³⁶. De este número, han iniciado el proceso de relevamiento sólo 759, esto es, apenas un 49% del total.

Sólo 459 de ellas tienen concluido su relevamiento, es decir, cuentan con resolución y el INAI los identifica como relevamientos “culminados”. Pese a estar concluidos estos procesos, si bien se elabora una carpeta con todo el material, no sólo no se avanza en la titulación ni entrega de títulos comunitarios, sino que muchas veces ni siquiera se conoce el destino de esas carpetas.

Asimismo, hay unas 623 comunidades registradas pero sin relevar sus territorios y unas 303 que no han visto concluido su proceso de relevamiento³⁷. Por tanto, entre un 60% y 70% de las comunidades registradas por el INAI quedarán a la deriva de no prorrogarse la norma y verán trunca su posibilidad de ver relevado su territorio. A ello, debe sumarse el sin número de comunidades que aún no han sido inscriptas, y por tanto no han registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (ReNaCI) u organismo provincial competente.

b) Importancia de la necesidad de prórroga

Nos hacemos eco de lo manifestado por las diferentes organizaciones y referentes indígenas y sostenemos convencidamente que resulta menester otorgar una nueva prórroga a la ley, la finalización de la misma dejaría a muchas comunidades indígenas sin resguardo, sin protección alguna, ante la posibilidad de ser desalojadas. Y como se ha podido observar en este último tiempo, los niveles de violencia a los que se somete a los hermanos y hermanas indígenas para sacarlos de sus territorios no ha cesado y muy por el contrario, han ido en aumento.

La ley 26.160 constituye un nuevo reconocimiento de la obligación del Estado de generar procesos participativos con la finalidad de reconocer la propiedad de territorios a las comunidades indígenas. Representa un paso previo para que se pueda determinar la ubicación geográfica de las comunidades indígenas, delimitar el territorio que ocupan y narrar su historia del uso y la ocupación, y por tanto, dimensionar el gran número de pueblos indígenas que componen hoy nuestro país. Brinda seguridad jurídica y ha constituido y sigue siendo, una herramienta jurídica de resistencia para poner freno a los injustificados e ilegítimos desalojos; constituye un paso necesario para que se puedan avanzar en los procesos de reivindicación y titulación comunitaria, en reconocimiento y efectivización de su legítimo derecho sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.

³³ Artículo 2 y 3 de la ley 26.160.

³⁴ Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/65529-media-sancion-al-freno-de-los-desalojos> (artículo periodístico de Página 12. Fecha 27/09/2017) y <http://cosecharoja.org/comunidades-marcharon-senadores-prorrogaron-emergencia-territorial/> (artículo periodístico de Cosecha Roja. Fecha 27/09/2017).

³⁵ Datos extraídos del Informe “Prórroga de la Ley de Emergencia Territorial Indígena”. Supra nota 10.

³⁶ *Ibidem*. Pág. 3. Este número no incluye la totalidad de comunidades indígenas, sólo las registradas por el ReTeCI.

³⁷ *Ibidem*. Pág. 5. Estos números constituyen un dato parcial que, de acuerdo a lo informado por el INAI, varía y se amplía a medida que se avanza en el proceso de registro de comunidades.

6. Pronunciamientos y despronunciamientos judiciales

La situación de los pueblos indígenas en Mendoza, no difiere de la actual coyuntura respecto al reconocimiento del derecho de posesión y propiedad comunitaria indígena. En el marco de la presente discusión plantearemos diferentes casos al respecto que se presentan en el Secano Lavallino y en el Sur de nuestra provincia.

Empezaremos con la situación que atraviesan las Comunidades Huarpes en Lavalle. Mediante Ley Provincial N° 6.920 del año 2001, se reconoció la preexistencia étnica y cultural del pueblo Huarpe Milcallac y se sujetaron a expropiación 700.000 hectáreas al norte de Mendoza (las superficies exactas quedaban condicionadas a la confección del plano de mensura final). El planteo de inconstitucionalidad que recibió dicha ley por el entonces Fiscal de Estado, Pedro Sin, frenó su ejecución durante varios años, hasta el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza a favor de su constitucionalidad: causa N° 72.575 caratulada “Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Ac. Inc.”; el fallo sentenció que no correspondía al Poder Judicial, en principio, interferir en el ejercicio de las facultades discrecionales que la Constitución y la ley habían atribuido a los otros poderes del Estado. Es entonces que a partir de esta sentencia se pudo instrumentar y dar (supuestamente) inicio a la ejecución de la Ley 6920.

A pesar del pronunciamiento favorable, a la fecha aún no se ha logrado la efectivización de lo establecido por la ley, es decir, las comunidades aún siguen a la espera del reconocimiento al derecho a sus territorios. Hace más de 15 años que las y los hermanos huarpes vienen reclamando y luchando por su legítimo derecho.

A fines de 2016, se denunció penalmente al fiscal de Estado, Fernando Simón, por el delito de violación de los deberes de funcionario público, al considerar que ha realizado una serie de omisiones e incumplimientos para no hacer efectiva la Ley de Expropiación. El documento solicita a la Justicia que no sólo se investigue al Sr. Fiscal, sino también a funcionarios del Ejecutivo, de la Fiscalía de Estado y del municipio de Lavalle que trabajaron durante las gestiones de los gobernadores Celso Jaque y Francisco Pérez.³⁸

Ramón Tello, referente de una de las comunidades huarpes, sostiene firmemente que a la causa la han “cajoneado”. Asimismo, ha denunciado los constantes atropellos que viven a diario los miembros de las comunidades huarpes por parte de los terratenientes: les quitan el agua y no tienen derechos sobre sus tierras. Hace hincapié en que ni el fiscal Simón ni los anteriores fiscales de Estado han cumplido con los deberes de funcionario público, y sus omisiones siempre han protegido a intereses económicos de conocidos empresarios, políticos y sus familiares.³⁹

Ahora bien, respecto a la situación de las comunidades indígenas del sur de la provincia, haremos referencias a algunos casos en particular.

³⁸ Disponible en: <http://www.losandes.com.ar/article/las-comunidades-huarpes-denuncian-al-fiscal-de-estado>

³⁹ Entrevista disponible en: <http://www.universidad.com.ar/comunidades-huarpes-reclamaron-la-devolucion-de-tierras>

La comunidad Mapuche Lof Rukache⁴⁰ se ubica en el Paraje de Agua Nueva, Distrito de Agua Escondida, Malargüe. Las familias de la comunidad viven ahí desde generaciones. Esa zona mantenía una población importante de familias hasta que empezaron los problemas vinculados a la ocupación de la tierra. Con la instalación del proyecto minero aurífero “Don Sixto” aumentaron los intereses sobre la zona: pobladores y personas ajenas empezaron a entrar en conflicto por el acceso al agua y la propiedad territorial. Aparecieron alambrados, procesos de mensuras y títulos supletorios, algunos de los pobladores locales -los que accedieron a trabajos en el proyecto minero- y personas ajenas implementaron los alambrados como un método de posesión.

Este proceso de fragmentación del hábitat tiene consecuencia directa sobre la forma tradicional de ocupación de los territorios: tanto los animales silvestres como el ganado hacen uso de grandes extensiones, donde se cruzan de forma permanente; los pobladores incluso, hacen un uso comunitario de los territorios para el agua, la recolección de leña, plantas, sales, caza, etc.

En 2008-2009 la comunidad de Agua Nueva se movilizó por un lado en contra del proyecto minero por la posible contaminación del agua de la zona, y por otro, en contra del avance de alambrados por parte de privados ajenos al lugar, en particular un alambrado del sector Este.

En junio de 2014 el Sr. Rolando Martínez, vecino del Lof Rukache empezó a construir un alambrado usurpando parte del territorio comunitario. En el marco de este conflicto se realizaron las denuncias correspondientes y se inició un proceso judicial en la segunda fiscalía correccional de San Rafael.

En 2016, el expediente se trasladó a otra fiscalía donde tomaron la decisión de no hacer lugar al recurso de no innovar interpuesto primeramente. Empezando la feria judicial el Sr. Martínez inició el alambrado, con una cuadrilla de gente contratada, que custodiaban la obra a caballos y motos, amedrentando y amenazando a los miembros de la comunidad, en particular al xaleykujin Fermín Martínez y al lonko Domingo Cortez. Ante esta situación se realiza la denuncia policial correspondiente, pero el fiscal de turno decidió no abrir el expediente al entender que la causa ya tramitaba en la segunda fiscalía correccional. Es por eso que la comunidad procedió a la detención del alambrado a través de una Acción Directa con el acompañamiento de la Organización Malalweche y de los delegados del CPI del Pueblo Mapuche en Mendoza.

La representación legal de la Comunidad solicitó se respeten los tiempos normales de resolución en la fiscalía ante una nueva escalada de violencia. Ante ello, el 20 de enero de 2016, se realiza en el destacamento policial de Agua Escondida, estando presentes representantes del Lof y el Sr. Rolando Martínez, la firma de un acta en la cual se comprometían a detener toda acción en el territorio hasta tanto se retome el curso normal del procedimiento judicial. Acta, por supuesto, poco respetada ya que las amenazas y el hostigamiento continuaron.

Paso seguido, se presenta una Medida Precautoria en virtud del juicio por acción

⁴⁰ Información del caso disponible en: <https://malalweche.blogspot.com.ar/2016/11/el-reclamo-de-justicia-del-pueblo.html>

posesoria en contra del Sr. Martínez en el 6to Juzgado Civil de Malargüe. Cuando el oficial de justicia local Sr. Basil notifica sobre el nuevo recurso de no innovar a Martínez, éste argumentó que estaba trabajando como empleado del Sr. Omar Felix, y sus abogados apelan este recurso. En octubre de 2016, la Cámara de Apelación dio lugar a la apelación, encontrando fundamento en que la comunidad aún no ha inscripto su personería jurídica -trámite que inició en 2010 ante el ReNaCI- y por tanto no existe verosimilitud en el derecho al considerar insuficientes las pruebas aportadas. Cabe destacar en este punto, lo planteado anteriormente respecto a lo establecido por el Decreto Reglamentario de la Ley 26.160 cuando establece que la emergencia territorial alcanza tanto a las comunidades indígenas registradas así como a aquellas preexistentes, comprendiendo en ésta últimas a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente que hayan o no registrado su personería jurídica.

A la actualidad el caso aún se encuentra en la órbita de la Cámara de Apelaciones, ya que la última acción presentada por la representación del Sr. Martínez, ha sido el pedido de recusación del Juez Ramón de la causa.

Recientemente, se encuentra el último pronunciamiento por el caso de la Comunidad Mapuche Lof Suyai Leufu (*Río de Esperanzas*), ubicada en Los Molles, Malargüe. Desde el año 2015 que la comunidad viene sufriendo intentos de desalojo de su territorio, envueltos en abusos de poder y violencia⁴¹; el último se dio el 18 de mayo del corriente año, cuando se presentaron un oficial de justicia de Malargüe junto con fuerzas de la Policía de Mendoza y un Martillero con una orden de desalojo compulsivo firmada por la Jueza Mónica del Carmen Cubillos. La comunidad viene siendo amedrentada de forma permanente por la familia Lucchesi (demandantes) quien rechaza todo tipo de mediación y buscaba de forma reiterada el desalojo.

El pasado 6 de octubre, se obtuvo un fallo favorable para la Lof⁴², en éste la misma magistrada, la Jueza Cubillos del 4to Juzgado Civil de San Rafael ordenó la suspensión de la medida de desalojo interpuesta contra la familia López (de la comunidad). Entre los argumentos planteados por la magistrada, se encuentran la situación actual de los pueblos indígenas de Argentina, y en particular la situación del Pueblo Mapuche.

Respecto al devenir del proceso, el mismo se encuentra frente a dos situaciones, por un lado la parte actora ha solicitado la nulidad del proceso -por la suspensión del desalojo-, y por otro lado, la jueza ha determinado en su último pronunciamiento que debe seguir su curso el proceso civil bajo la discusión de fondo del caso, es decir, el reconocimiento del derecho de la comunidad a su territorio.

Cabe destacar la labor y el acompañamiento que vienen realizando tanto la Direc-

ción de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, como los operadores judiciales de la agencia en Mendoza de ATAJO (Agencias Territoriales de Acceso a la Justicia).

Para hacer mención de alguno de estos aportes podemos citar, en el caso de la Dirección la intervención generada en mayo del corriente año en el caso de la Lof Suyai Leufu, en el cual presentó al juzgado interviniente un pedido para remitir el expediente al Cuerpo de Mediadores de San Rafael con el fin de encontrar una resolución conciliada del conflicto entre las partes⁴³; así también cabe mencionar la realización de la Conferencia "Pueblos Indígenas y Derecho" el día 8 de agosto pasado, en la Ciudad de San Rafael, con el fin de difundir el Derecho Indígena y de adecuar las prácticas jurídicas a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos⁴⁴. Y en el caso de ATAJO, a principios del mes de julio del corriente año se entrevistaron con comunidades indígenas de Malargüe y formularon una serie de informes que luego fueron remitidos a la Justicia. Concretamente, han trabajado con los casos de la Comunidad Mapuche Lof Tremunko, Lof Suyai Leufu y Lof El Altepal.

7. Conclusiones y espacio de reflexión

Como bien hemos expuesto a lo largo de estos años, en Mendoza la situación de nuestros pueblos indígenas no constituye la excepción a la regla, e incluso nuestra provincia desde hace años que se encuentra en un profundo y alarmante estancamiento en materia de reconocimientos de derechos. Desde hace tiempo que venimos denunciando la falta de producción legislativa seria y concreta que ponga de manifiesto el real reconocimiento y efectivización de los derechos a los pueblos indígenas de la provincia.

Debemos recordar en este punto que el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional es muy claro al establecer en su última oración *las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*, por lo cual Mendoza no sólo debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas sino que además debe garantizar y reconocer los mismos derechos que son expuestos en el artículo en cuestión; es decir, que a pesar de no contar aún con normas provinciales específicas cuenta con un marco normativo constitucional y facultades concurrentes en materia de derechos y obligaciones con los pueblos indígenas.

Ahora bien, frente a los acontecimientos vividos a lo largo del corriente año, nos resulta fundamental pronunciarlos ante ciertas situaciones en particular.

En los últimos años los conflictos protagonizados por los pueblos indígenas en defensa de sus derechos, principalmente territoriales, se han multiplicado y han ido en aumento respecto al uso de la fuerza y la violencia por parte de los privados, e incluso del aparato estatal. Por ello, creemos firmemente en la necesidad de prorrogar la Ley 26.160 y acompañamos con la fuerza y convicción que por años (incluso siglos) nues-

41 Denuncia de la Organización Identidad Territorial Malalweche: "...recordando que en el intento anterior, durante octubre del 2015, se destruyó parte de la vivienda, se destruyeron muebles y elementos personales de la familia, y hasta se le robaron los ahorros con la complicidad de los agentes de policía local. Denuncia que NO ha sido investigada por la Justicia demostrando su arbitrariedad e injusticia." <https://malalweche.blogspot.com.ar/2016/12/urgente-puelmapu-nuevo-intento-de.html>

42 Disponible en: <https://malalweche.blogspot.com.ar/2017/10/fallo-favor-de-la-comunidad-mapuche-lof.html> y <https://malalweche.blogspot.com.ar/2017/05/suspenden-desalojo-del-lof-suyai-levfv.html>

43 Disponible en: <https://malalweche.blogspot.com.ar/2017/05/suspenden-desalojo-del-lof-suyai-levfv.html>

44 Disponible en: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/web/direccion-de-derechos-humanos>

tros pueblos indígenas han luchado y resistido a los embates históricos planteados tanto por los gobiernos de turno y sus políticas públicas, como de los intereses económicos y empresariales y sus influencias, queriéndolos invisibilizar, abatir, estigmatizar y hasta desaparecer.

Asimismo nos gustaría llamar a la reflexión respecto a este punto, ya que desde hace años pareciera ser que el único “remedio” posible para los pueblos indígenas al reconocimiento al derecho a sus territorios corresponde a una situación de “emergencia”, es decir, hace ya 11 años (posiblemente 15 de ser prorrogada por tercera vez la ley 26.160) que la única solución posible a este “problema” es el de entenderlo como una emergencia. Por supuesto que ha sido y sigue siendo -la ley- una herramienta de suma importancia para las comunidades indígenas, pero la realidad es que estamos llevando al derecho a la posesión y propiedad comunitaria a una especie de estado permanente de excepción y no se está debatiendo ni mucho menos, produciendo una norma que regule específicamente el reconocimiento y la efectivización de este derecho; como hemos podido desarrollar anteriormente sólo se ha logrado el relevamiento técnico-jurídico-catastral de algunos territorios comunitarios faltando aún mucho por relevar e incluso, faltando aún el registro de muchas comunidades indígenas.

Con respecto a lo que hemos relatado que están viviendo las comunidades huarpes y mapuches en nuestra provincia queremos nuevamente reiterar nuestra denuncia ante la constante agresión y hostigamiento a la que son sometidos los miembros de las comunidades, así como los atropellos y entorpecimientos a los que deben enfrentarse en el devenir de los procesos judiciales; pasan los años y las comunidades aún siguen sin poder hacer efectivo el cumplimiento de su legítimo derecho al reconocimiento de sus territorios.

A ello debemos sumar las diferentes situaciones que deben enfrentar a diario y que impiden el normal desarrollo de sus vidas, tales como las dificultades persistentes respecto a la calidad y frecuencia de los medios de transporte, las pésimas condiciones de las rutas y caminos, el debido acceso al derecho a la salud y a la educación, el acceso al agua, el ninguneo constante a sus producciones de trabajo, entre otros.

Desde Xumek, creemos que es necesario producir y conformar espacios de trabajo y de organización propios de nuestros pueblos indígenas dentro del estado provincial, con participación directa de los mismos, ya sea mediante secretarías, direcciones o las instancias que se crean convenientes, para poder fortificar el diálogo entre el gobierno provincial y las/los hermanas indígenas, sin ningún tipo de intermediario; y así generar políticas públicas genuinas que respondan a la actual y verdadera situación que se vive en nuestra provincia.

Resulta totalmente necesario llevar a cabo un trabajo serio, responsable y mancomunado entre las autoridades de los diferentes poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), las organizaciones de la sociedad civil y por supuesto y primordialmente, los integrantes de los diferentes pueblos indígenas de Mendoza, sea a través de sus representantes o autoridades comunales, como así también aquellos hermanas y hermanas indígenas que sin necesidad de estar representados por una comunidad indígena, quieran ser escuchados y participar en la conformación de los textos normativos que

darán reconocimiento a sus legítimos derechos.