

Viviana Canet

*El derecho de los pueblos indígenas
en el Estado argentino:
marco jurídico federal*

Dirección de Pueblos Originarios y Recursos
Naturales en la Secretaría de Ambiente
y Desarrollo Sustentable de la Nación
delacasa@ciudad.com.ar

Viviana Canet El derecho de los pueblos indígenas en el Estado argentino: marco jurídico federal.

Signo&Seña Número 17 / Julio de 2007, pp. 43-89.

Facultad de Filosofía y Letras - Universidad de Buenos Aires, ISSN: 0327-8956.

Resumen El objetivo de este artículo es explicitar el marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas. Para ello desarrollaré los siguientes puntos: (1) el cambio operado en la consideración del sujeto titular del derecho, que ha transitado de las poblaciones a las comunidades, para situarse hoy en los pueblos; (2) el marco jurídico que regula el derecho de los pueblos y comunidades indígenas; (3) el carácter normativo que reviste la Constitución Nacional en un sistema garantista de derecho y, por tanto, su fuerza operativa; (4) el carácter federal de este derecho por su jerarquía constitucional, y por la concurrencia establecida por el artículo 75, inc. 17 *in fine*; (5) el derecho indígena o derecho de los pueblos indígenas, como nuevo *corpus juris* que se va generando por la recepción del pluralismo jurídico en el sistema constitucional argentino; (6) finalmente, algunos institutos que integran este derecho.

Palabras Clave: legislación sobre pueblos indígenas - pluralismo legal

Abstract The aim of this article is to shed light to the Indigenous Peoples Law legal frame. The following matters are examined: 1) The consideration of the subject of rights which has evolved from populations to communities and nowadays sets on the people; 2) The legal frame that regulates the indigenous peoples rights and their communities; 3) The Constitution normative nature in a rule of law system which strongly guarantee the constitutional rights; 4) The federal nature of the Indigenous Peoples Law, due to its constitutional hierarchy; 5) The Indigenous Peoples Law as a *new corpus juris*, which is evolving from the legal pluralism of the Argentine Constitution; 6) Finally, the Indigenous Peoples Law legal concepts.

Key words: Indigenous Peoples law - legal pluralism

El objetivo de este artículo es explicitar el marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas, es decir, el sistema que regula sus derechos en todo el territorio como entidades políticas preexistentes a la formación del Estado argentino y que, luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, reviste la más alta jerarquía normativa.

1. De poblaciones a pueblos indígenas

El título de este trabajo era impensable en el sistema jurídico argentino hace poco más de 10 años, es decir, antes de la reforma constitucional de 1994. Luego del genocidio de la denominada Conquista del Desierto, que pone fin a una etapa de defensa de las fronteras sobre la base de una *política de tratados* celebrados primero con la Corona y luego con el Estado Argentino,¹ los pue-

1. Especial consideración merece el análisis del antiguo artículo 67, inc. 15, de la Constitución de 1853, en cuanto establece "mantener el trato pacífico". Levaggi (2000) desmitifica el imaginario simbólico sobre los pueblos indígenas (no eran ciudadanos, sino enemigos e infieles; además holgazanes o ladrones; cf. Viñas, 1982.), al hablar de los numerosos tratados, 74 ya identificados, celebrados tanto por los pueblos originarios del norte como del sur con autoridades del actual territorio del Estado argentino, desde el siglo XVII y hasta muy avanzado el siglo XIX. En efecto, esta relación era conocida por los convencionales constituyentes de 1853 y se transparenta en el Preámbulo y la mencionada cláusula: "algo no siempre sabido es que cuando la Constitución Argentina originaria de 1853 incluyó esa cláusula suprimida con motivo de la última reforma de 1994, que decía 'conservar el trato pacífico con los indios' [...] los constituyentes se estaban refiriendo a los tratados que en esa época se celebraban frecuentemente con los indios. De manera que la Constitución respaldaba la política de tratados con los indios. [...] no era sino continuar con los acuerdos, con los tratados de paz y sobre esta base, mantener sus buenas relaciones con ellos" (Levaggi, 1998).

Luego del genocidio de la denominada Conquista del Desierto invisibilizan los tratados, se instala una versión oficial de la historia. "Ya no se intentó más, desde luego, su celebración;

blos indígenas fueron considerados *poblaciones*, si bien bajo regímenes jurídicos que van desde el genocidio a la integración propuesta por el Convenio 107 de "Protección e integración de las poblaciones indígenas tribales y semitribales en los países independientes" de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Ley N° 14.932 en el año 1959 (cf. Botto, 1991: 11-53). Con el advenimiento de la democracia, la Ley N° 23.302 de "Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes" propone como sujeto a las comunidades (art. 1), como ya había sido establecido por las leyes provinciales que la precedieron (Ley N° 426, art. 1, de la provincia de Formosa, 1984, y Ley N° 6.373, art.1, de la provincia de Salta, 1986), en un proceso de gestación de un nuevo marco jurídico bien definido como de "génesis inversa" (Altabe, R. *et al.*, 1996: 1193).²

Sólo desde la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"³ y la reforma constitucional de 1994 se ha reconocido a los pueblos indígenas como sujetos titulares del derecho,

habían desaparecido esas comunidades libres, que eran la contraparte de los tratados. No sólo no se insistió con su práctica sino que además, se difundió la opinión de que esos tratados nunca habían existido. Y tanto éxito tuvo esa prédica que hasta el día de hoy muchos de nosotros pensamos que nunca se celebraron tratados con los indios en la Argentina. Sin embargo, allí están" (Levaggi, 1998)

2. La ley N° 426 (1984), dictada en la provincia de Formosa, fue la pionera y tuvo influencia en la promulgación de leyes similares en otras provincias con alto porcentaje de "población indígena", regulando la personería jurídica de las comunidades -si bien bajo la forma del derecho civil, la propiedad comunitaria de sus tierras, el derecho de participación en los asuntos que les atañen, el derecho a la educación bilingüe e intercultural. Y en algunas provincias, la representación en el organismo competente del estado provincial. Leyes provinciales posteriores a la sanción de la Ley N° 23.312 fueron la Ley N° 3.258 del Chaco (1987), la Ley N° 2.485 de Misiones (1987), la Ley N° 2.287 de Río Negro (1988), la Ley N° 3.657 de Chubut (1991) y la Ley N° 11.078 de Santa Fe (1993), así como las constituciones de Chubut, La Pampa, Salta, Jujuy, Chaco, Formosa y Río Negro. Un número importante de constituciones provinciales ha tenido reformas, a partir de 1994; sin embargo, solo abordan la cuestión las provincias de Buenos Aires (1994), Chaco (1994), Chubut (1994), La Pampa (1994) Salta (1998), Formosa (2003), Neuquén (2006) y Tucumán (2006). En su momento se adhirieron a la ley N° 23.302 las siguientes provincias: Chaco, Santa Fe, Salta, Misiones, Formosa, Buenos Aires, Córdoba, La Pampa, Mendoza, Río Negro, Chubut, Neuquén y Tucumán; recientemente lo han hecho las provincias de Catamarca y Santa Cruz.

3. La Ley N° 24.071 ratificó el Convenio N° 169 OIT en el año 1992. Sin embargo, debieron pasar casi diez años para que el gobierno argentino tomara la decisión de depositar el Convenio (junio de 2000) en la Secretaría General de la OIT, que ha entrado en vigencia un año después, es decir, en junio de 2001.

si bien, como veremos, aún es materia de debate el alcance que reviste el reconocimiento constitucional en orden al pleno ejercicio de sus derechos.

Indígenas es el vocablo utilizado por el artículo constitucional, entiendo que siguiendo el acuerdo de la Primera Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas (Canadá, 1975) por el cual se estableció que el término "indígena" sea bandera de dignidad y para uso formal de leyes, tratados y relaciones con los estados y los organismos internacionales, impulsando el derecho y la política de muchos pueblos; expresando con ese término devenido estratégico, la ideología de sus sistemas comunitarios solidarios en el marco de las respectivas cosmovisiones de los pueblos (cf. Frites, 2001). Es el término que emplean los principales documentos del derecho internacional referidos a la temática, y en cuya elaboración han tenido participación representantes de los pueblos, a saber, el ya mencionado Convenio N° 169 OIT, el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas y también el que se prepara en la Organización de Estados Americanos.

En la Argentina y otros estados latinoamericanos, los pueblos indígenas suelen denominarse "originarios" para subrayar su preexistencia a los estados.

Importantes estudios en la antropología connotan este sujeto jurídico en la categoría "ab originalidad" que se desagrega de la de "etnicidad". Ello porque los pueblos indígenas comparten con los grupos étnicos el carácter de minorías sociológicas enclavadas en el seno de sociedades complejas que "perfilan su continuidad a lo largo de un proceso de transformación en relación dialéctica con la sociedad mayor que los integra, de modo que el carácter étnico de un grupo se construye y transforma en esa interacción en un juego especular de imágenes y contraímagenes, según que las condiciones económicas, sociales e históricas frenen, motiven, orienten o hagan abortar unas estrategias u otras" (Golluscio, 2002). En tanto se diferencian, por cuanto la aboriginalidad "es una forma *sui generis* de etnicidad que involucra un proceso de marcación que única y específicamente recorta a los grupos que han ocupado un país antes de su colonización y carecen de una 'madre patria' en otro lado, es decir grupos singularizados por su autoctonía" (Beckett, 1988; citado por Briones, 1998: 157).

Los estudios actuales desde la antropología cuanto desde el derecho convergen en la opinión de que la categoría pueblos indígenas no se define sino que se caracteriza, por cuanto el criterio sustantivo para definir la pertenencia es el autorreconocimiento colectivo, es decir, la conciencia de la

identidad indígena y el reconocimiento por la comunidad o por el pueblo.⁴

Dos son las definiciones de pueblos indígenas que mayor aceptación tienen en la doctrina: la establecida en el Convenio N° 169 OIT (art. 1) y la propuesta por José Martínez Cobo (1986), que se enuncian respectivamente de la siguiente forma:

[...] pueblos indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas culturales y políticas o parte de ellas.

[...] las comunidades indígenas, pueblos y naciones que teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y a la Colonia que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en partes de ellos. Conforman en el presente sectores no dominantes de la sociedad y están destinados a percibir, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas jurídicos” (E/CN.4/Sub.2//1986/87, Add 4, párrafo 379).

En la Argentina han sido reconocidos hasta ahora alrededor de 24 pueblos indígenas: Kolla, Mapuche, Toba, Pilagá, Mocoví, Tehuelche, Ona o Selk’nam, Mbyá Guaraní, Wichí, Diaguita Calchaquí, Huarpe, Tonocote, Rankulche, Chulupi, Chorote, Ava Guaraní, Tupí Guaraní, Chané, Tapieté, Charrúa y Comechingón.

Estos pueblos hablan doce lenguas —catorce lenguas si se incluyen el tehuelche y el vilela casi en extinción (cf. Golluscio, 2002)—: quechua, aymara, wichi, chorote y chulupí o nivaklé (mataco); toba, mocoví y pilagá (guaycurú); tapiete (ava guaraní) y tupí guaraní; mbyá-guaraní y mapundungum.

En cuanto al número de personas, el dato más aproximado lo provee el

4. Tanto en el Convenio N° 169, como en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (véase nota 18), el criterio que rige la adscripción es el de la autoidentificación colectiva.

último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas (INDEC, 2001) que estimó que sobre 10 millones de hogares, 280.000 reconoció tener un integrante indígena; es decir un 3 % de los hogares.

Los pueblos indígenas en la Argentina habitan actualmente tierras de mucho valor por distintas razones: además del posible desarrollo productivo, la existencia de cuencas de agua, yacimientos de minerales y demás recursos naturales, grandes territorios y zonas de fronteras. En la actualidad se desconoce aún la extensión de estas tierras y la condición de titularidad del dominio.

Sin embargo, a pesar de la riqueza que guardan sus tierras y territorios viven en condiciones de alta vulnerabilidad; el 23 % de los hogares indígenas se encuentra con sus necesidades básicas insatisfechas, superando en casi un 10% la media nacional.⁵

Una observación antes de proseguir. En la construcción del marco jurídico tanto federal como provincial debe resaltarse la concurrencia de las prácticas que los pueblos indígenas libran en el campo del poder, con otras prácticas desarrolladas por los diversos poderes de los estados nacional y provinciales así como de organizaciones de la sociedad civil.

Cuando hablo de las *prácticas* me refiero a las estrategias desarrolladas por los pueblos indígenas en defensa de intereses ligados al lugar que ocupan en un "campo determinado" (Bourdieu y Wacquant, 1995) —la sociedad y el estado—, en problemas como la organización comunitaria, la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, la participación en la gestión de sus recursos naturales y en los demás asuntos que afecten sus intereses. En estas prácticas se ha operado un importante cambio: considero que los pueblos indígenas han pasado de una actitud de protesta y reivindicación a una de propuesta y negociación política, que por momentos, entiendo, supera la capacidad de respuesta que los gobernantes y la sociedad en general tenemos.⁶

Entre las prácticas se cuentan importantes logros, entre otros, se pueden enumerar los siguientes hechos: se registran jurídicamente alrededor de 900

5. Las situaciones más críticas se localizan en las provincias de Formosa (74,9 %), Chaco (66,5 %), Salta (57,4 %) y Misiones (38 %); cf. INDEC (2001).

6. Ejemplo paradigmático es el ingreso del tema indígena en la agenda de la reforma constitucional de 1994, así como el consenso alcanzado en la redacción de la propuesta que culmina con la aprobación del inciso 17 del artículo 75 por unanimidad y aclamación. Entiendo que es, en parte, fruto de un importante trabajo de negociación realizado por los representantes indígenas que mantuvieron una presencia constante en la Convención Constituyente de Santa Fe a través del diálogo con los integrantes de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías.

comunidades rurales de distintos pueblos, 300 de ellas con reconocimiento de su forma de organización tradicional; restitución en propiedad de casi 3 millones de hectáreas en forma comunitaria y, en trámite para ello, más de 2 millones, todas en posesión de las comunidades; son tierras de registro dominial del estado nacional o provincial, y tierras privadas expropiadas.

También, las comunidades se han ido organizando por provincias o por pueblos. Entre las organizaciones se encuentran el Consejo de Participación Indígena de Jujuy (representa más de 200 comunidades Kolla y Guaraní); la Asamblea de Caciques de Tartagal, que organiza las comunidades de cinco pueblos que habitan en los departamentos salteños de General San Martín y Rivadavia (Chorote, Chulupí, Chané, Tapiete, Guaraní); la Organización de Comunidades Aborígenes de Santa Fe (representa a todas las comunidades de los pueblos Toba y Mocoví); la Coordinadora de Organizaciones Mapuche del Neuquén (COM) y la Confederación Mapuche Neuquina, en las que se organizan las 50 comunidades y las organizaciones mapuche de la provincia; la Asamblea del Consejo de Caciques del Pueblo Guaraní, que representa a una parte importante de las comunidades del pueblo guaraní de la provincia de Misiones y, la Federación de Comunidades del Pueblo Pilagá, en la que se organizan las 16 comunidades que habitan en la provincia de Formosa.

Finalmente cabe resaltar la reciente constitución (2006) del Consejo de Participación Indígena, órgano de representación y participación entre los pueblos indígenas y el estado nacional (Ley N° 23.302, art. 5), y la sanción de la Ley N° 26.610 de Emergencia de la Propiedad Comunitaria Indígena (*cf.* acápite 6.3 y 6.2, respectivamente).

2. El marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas

El sistema jurídico del derecho de los pueblos indígenas se integra con las siguientes normas:

- El artículo 75 inc. 17, de la Constitución Nacional y normas conexas.
- Las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 75 inc. 22).

- Otros convenios internacionales debidamente ratificados, con valencia infraconstitucional pero supralegal (art. 75, inc. 22); en particular, el Convenio N° 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ley N° 24.071) y el Convenio sobre Diversidad Biológica (Ley N° 24.375).
- Las leyes nacionales específicas, en primer lugar, la Ley N° 23.302 de Política indígena y de apoyo a las comunidades aborígenes en cuanto no se oponga a los derechos establecidos en las normas antes citadas y la recientemente sancionada Ley N° 26.160 de Emergencia de la propiedad comunitaria indígena.⁷
- Las constituciones y leyes provinciales (cf. nota 2).

Estas normas constituyen el bloque de constitucionalidad federal del derecho de los pueblos indígenas entendido como “un conjunto normativo *que parte de la constitución* y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales *fuera del texto de la constitución escrita*. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera” (Bidart Campos, 2000: I-A, 295; las itálicas son del autor).

El instituto del bloque de constitucionalidad federal permite incorporar elementos en la *interpretación* y en la *integración* de los vacíos normativos. Es,

7. Otras leyes nacionales que establecen derecho son: (a) Ley Federal de Educación N° 24.195, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en forma protagónica en la transformación gradual y progresiva de la educación hacia la construcción de una sociedad que asuma su diversidad étnica y cultural, recientemente reemplazada por la Ley de Educación Nacional N° 26.206, promulgada el 28 de diciembre de 2006, que establece una estrategia de educación bilingüe e intercultural y la obligación de incorporar los derechos de los pueblos indígenas a los contenidos curriculares (cf. arts. 11 (ñ); 52-54 y 92 (e)); (b) Ley Nacional N° 24.544, ratificatoria del Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; (c) Ley Nacional N° 24.874, que declara de interés nacional, cultural, educativo y legislativo el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del mundo; (d) Ley Nacional N° 24.956, que incorpora al Censo Nacional del año 2000, la autoidentificación y pertenencia a comunidades indígenas; (e) Ley Nacional N° 25.517 de devolución de restos mortales y protección del patrimonio histórico y cultural que establece que deberán ser puestos a disposición de los pueblos y comunidades indígenas de pertenencia que los reclamen los restos mortales de aborígenes que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas; (f) Ley Nacional N° 25.607 de difusión de los derechos de los pueblos indígenas, que establece la realización de una campaña en coordinación con el Instituto Nacional de Comunidades Indígenas; (g) Ley Nacional N° 25.799 para la gestión por el INAI de planes especiales de construcción de viviendas rurales y urbanas.

por tanto, un instituto útil en una etapa de construcción jurídico-política como la que estamos asistiendo, en el que las prácticas de todos los actores junto con la normativa existente, van configurando los contornos de nuevas figuras que legal y legítimamente se requieren para construir una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado argentino.

2.1. El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional

De los instrumentos que integran el derecho argentino, el artículo 75, inc. 17, de la Constitución Nacional aprobado por unanimidad y aclamación en la Asamblea Constituyente reunida en la provincia de Santa Fe es, sin duda alguna, el más trascendente.

A la luz de la reforma constitucional, entiendo que los siguientes principios interpretativos deben acompañar la hermenéutica del artículo constitucional: el *derecho a la igualdad*, el *derecho a la identidad* y el *pluralismo jurídico*.

El derecho a la igualdad de todos los ciudadanos es el valor, junto con la libertad, que legitima el estado de derecho moderno. La reforma de 1994 ha avanzado en la formulación de la igualdad formal que establece el artículo 16 de la Constitución Nacional hacia una igualdad que tiene un contenido real e histórico que exige igualdad real de oportunidades y de trato, que genera derechos y obligaciones constitucionales entre los que se pueden enumerar: las acciones positivas (prestaciones de dar y de hacer); la obligación del estado de promover políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva (art. 75, inc. 23); la administración para estos fines del instituto de la discriminación inversa (art. 75, incisos 17, 19, y 23, y art. 37) (cf. Bidart Campos, 2000: I-B, 74-75).⁸

Y, en esta igualdad de trato que reclama el ejercicio del derecho a la igualdad, se debe atender además a otro valor que constituye una nueva

8. La cuestión fue materia de una polémica entre los juristas: véase G. y J. Segovia (1997) y Bidart Campos (1996b). La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pormenorizado los alcances del derecho a la igualdad, a saber: (a) se debe tratar del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; (b) no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en iguales circunstancias; (c) la regla no es absoluta ni inflexible, sólo obliga a evitar decisiones arbitrarias y hostiles; (d) "*la razonabilidad* es la pauta para ponderar la medida de la igualdad con lo que queda entendido que el legislador puede *crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para discriminar sea 'razonable'*" (Bidart Campos, 2000: I-B, 77, las itálicas son del autor).

situación, el pluralismo, que remite a su vez, al derecho a la identidad. En efecto, afirma Bidart Campos:

Cada vez que en la intersección de la igualdad con la diversidad hace presencia el pluralismo para coordinar y equilibrar la igualdad con las desigualdades, debemos remitirnos a dos pautas fundamentales: a la prohibición de discriminación arbitraria y de nuevo al derecho a la identidad y a la diferencia (Bidart Campos, 2000: I-B, 76).

El derecho a la identidad en su formulación contemporánea⁹ ha ampliado su contenido, abandonando una concepción estática en la que sólo se incluía el nombre, la filiación y la nacionalidad, e incorporando una concepción dinámica y existencial entendida “como verdad biográfica de cada persona que vive su vida a través de un proceso de autocreación [de] la imagen que proyecta socialmente” (Bidart Campos, 2000: I-B, 64). Luego, el derecho a la identidad exige que cada persona puede escoger “libremente –sin interferencias de terceros (estado y particulares)– su plan o proyecto personal de vida autorreferente”.

En consecuencia, hay una correlación entre el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia. O sea, el respeto a la identidad de la persona exige que se respete y resguarde lo que hay de distinto en su “mismidad” y no de igual con los otros.

Se trata de un derecho, el de identidad, que admite, sin exorbitancia, ser extendido en su titularidad a entes colectivos a los que se les reconoce análogamente una situación jurídica subjetiva o grupal. Y, en concreto, afirma Bidart Campos: “No dudamos que el artículo 75 inciso 17 lo reconoce y garantiza a las comunidades indígenas” (Bidart Campos, 2000: I-B, 66). Y no solo a las comunidades, sino también en virtud del pluralismo asociativo indígena (*cf.* acápite 6.3), a las organizaciones que los pueblos y comunidades se vayan dando para el mejor ejercicio de sus derechos, en primer lugar a su organización como pueblos.

2.2. Las declaraciones y los tratados internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos

El sistema constitucional indígena se integra, también, con las declaraciones y los tratados internacionales que establecen derechos a favor de los pueblos y de

9. En cuyo desarrollo han tenido un rol de vanguardia la jurisprudencia y la doctrina italiana, y la sistematización realizada por Carlos Fernández Sessarego (1992).

las comunidades indígenas. Y ello, por cuanto la reforma constitucional ha reconocido la prevalencia de las declaraciones y los tratados sobre las leyes (art. 75, inc. 22). De esta forma, dio respuesta —ya diseñada por la doctrina y la jurisprudencia—,¹⁰ a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno al depararle la valencia supralegal.

Todas las declaraciones y los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a ley, entre ellos, el Convenio N° 169 OIT.

La incorporación del derecho internacional al marco jurídico constitucional tiene como consecuencia la obligación de atender las pautas de interpretación de aquel derecho, cada vez que se consideran los derechos de los pueblos indígenas en el Estado argentino. Y estas aportan además de las establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,¹¹ es decir, lectura de buena fe, conforme al sentido corriente de los términos en el texto y en el contexto y de acuerdo con su objeto y fin, los principios de no discriminación y *pro homine*.

El principio *pro homine* cumple un importante rol hermenéutico en defensa de los derechos humanos por cuanto establece que “cada caso concreto se debe resolver aplicando la norma que proviene de la fuente más favorable a la persona humana y a sus derechos, es decir, se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (Pinto, 1997: 81).

El principio general es, entonces, la jerarquía supralegal de todos los tratados internacionales.

Además, el constituyente establece una excepción a favor de algunos trata-

10. En “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” (1992, cf. La Ley, 1992-C: 543) la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que “cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. La Corte hizo girar su argumentación en torno al art. 27 de la Convención de Viena de 1969, disposición que obliga al país, y es además codificatoria del derecho consuetudinario. En el mismo caso, la Corte consideró que las cláusulas de la Convención Americana de Derechos Humanos gozan de una presunción de operatividad que autoriza su exigibilidad inmediata (párrafo 21).

11. Aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigencia desde el 27 de enero de 1980.

dos y declaraciones sobre derechos humanos que enumera taxativamente –y otros que pueden devenir tales en virtud de una ley especial– a los que otorga jerarquía constitucional, y constituyen el derecho internacional de los derechos humanos. Luego, el texto de la Constitución Nacional formal y los instrumentos internacionales de derechos humanos son la cúspide del sistema jurídico argentino; no hay entre ellos planos jerárquicos sino que comparten igual jerarquía (*cf.* Bidart Campos, 2000: I-A, 413).¹²

Las declaraciones y los tratados de derechos humanos que en el número de 12 tienen jerarquía constitucional son los siguientes:

- *Enumerados por la Constitución Nacional:* Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- *Establecidas por ley:* Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley Nacional 24.820) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Ley Nacional N° 25.778).

El *derecho internacional de los derechos humanos* se configura como un ordenamiento jurídico de protección dotado de especificidad, autonomía y características propias. “Este nuevo *corpus juris* se inspira, fundamentalmente, en la concepción de derecho inherentes al ser humano como tal, y operativa-

12. Los instrumentos internacionales revisten jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22), es decir, tomando en cuenta las reservas y aclaraciones incluidas por Argentina cuando ratificó estos instrumentos y en las condiciones de su actual vigencia, criterio este último que remite a la jurisprudencia internacional.

mente, en la noción de garantía colectiva y el carácter objetivo de las obligaciones de protección (Cançado Trindade, 1997: 1).¹³

Recordemos que los derechos humanos son aquellos que toda persona posee y que tiene el derecho de disfrutar, simplemente por su condición de ser humano, sin distinción de edad, raza, sexo, nacionalidad o clase social. Si bien se suele distinguir entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (o “generaciones de derechos”), desde el punto de vista de su exigibilidad son integrales, interdependientes e indivisibles, en el sentido que conforman un todo y no se puede sacrificar unos para defender otros. Su universalidad no implica uniformidad sino que, por el contrario, requieren que su reconocimiento se enriquezca con todas las particularidades de las situaciones concretas individuales y colectivas.

Los derechos humanos son jurídicamente exigibles, aún sin ley que los reglamente. Durante la II Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993, los estados reafirmaron en la Declaración de Viena¹⁴ que los derechos humanos nacen con la persona y que su protección es responsabilidad de cada estado. Los tratados de derechos humanos contemplan expresamente la cuestión atinente a su aplicación en el ámbito interno, y establecen la obligación explícita de los estados de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos en forma efectiva. Esta obligación está sujeta, como veremos, al control de los órganos específicos establecidos en los respectivos instrumentos, a través de informes periódicos y, en el caso, de algunos tratados de instancias jurisdiccionales.

En los estados organizados federalmente, el único responsable frente al sistema de protección de los derechos humanos es el estado federal que se responsabiliza por las violaciones que tienen como autores a los gobernantes, los funcionarios y agentes públicos, tanto por acción como por omisión en el triple ámbito de la legislación, la administración y la jurisdicción.

Los instrumentos más relevantes para el derecho de los pueblos indígenas son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

13. Los principales instrumentos son los tratados multilaterales de derechos humanos, así como las decisiones provenientes de organismos internacionales. Para este tema *cf.* Pinto (1997).

14. "Un divisor de aguas en la agenda internacional contemporánea de los derechos humanos reside en el reconocimiento, por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Viena, junio de 1993), de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por la plena vigencia de todos los derechos humanos (Cançado Trindade, 1996: XI).

(PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ambos pactos establecen en su artículo primero el derecho de todos los pueblos a la libre determinación.¹⁵ Es decir, por primera vez se reconoce en el derecho internacional que los derechos humanos individuales tienen como premisa un derecho humano colectivo, el derecho a la autodeterminación. Se constituyen, por tanto, en instrumentos básicos en la lucha de los pueblos indígenas.

Ambos cuentan con un Comité cuya misión es evaluar su cumplimiento. Para ello examinan los informes que los estados miembros tienen la obligación de presentar, si bien carecen de facultades de iniciar o profundizar investigaciones.

Por la relevancia de su actuación, me detendré en la actuación del órgano de control del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos. El artículo 1 del PIDCP ha sido la base de decisiones favorables a los pueblos indígenas por parte del Comité, a través de las observaciones realizadas a los informes de los estados miembros. En cambio, su jurisprudencia se ha desarrollado en torno al art. 27, es decir, bajo el régimen de las minorías dejando de lado la titularidad colectiva de los derechos (*cf.* Mac Kay, 2001: sección V).¹⁶

El segundo instrumento que cabe destacar es la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica, culminación de un proceso realizado en el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos que cambia su natu-

15. Los pactos fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976; fueron ratificados por el estado argentino por Ley N° 23.313.

16. Las actuaciones del Comité se pueden diferenciar en orden a las obligaciones asumidas por los estados. En el caso de ratificación de los PIDCP, tiene funciones de control de su cumplimiento por parte de los estados; cuando el estado ha ratificado el Protocolo Facultativo tiene, además capacidad jurisdiccional. En ambos casos, hay una limitación importante atendido al tema que me ocupa, por cuanto en el caso del control no puede recibir denuncias directas de individuos o grupos presuntamente agraviados, sino sólo "comunicaciones" de los propios estados y en los escasos estados que han ratificado el Protocolo Facultativo, sólo los ciudadanos y no los grupos pueden acudir directamente al Comité.

raleza declarativa estableciendo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el estado así lo acepta al ratificarla, como es el caso de nuestro país.¹⁷

En efecto, en la misma Convención se crean organismos que protegen estos derechos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con relación a la Comisión, el artículo 43 establece la obligación del estado de “proporcionar a la Comisión las informaciones que esta le solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”.

La Corte tiene una doble función: jurisdiccional y consultiva. La función jurisdiccional se puede ejercer por un estado parte de la Convención y siempre que se hubieran agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 y 50; es decir peticiones y tramitaciones ante la Comisión. Con relación a la función consultiva, cualquier estado miembro de la OEA puede consultar la interpretación de la Convención de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. También a solicitud, la Corte puede emitir opinión sobre la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales del sistema americano.

Si bien la Convención Americana no contiene ninguna referencia al derecho de los pueblos indígenas, la Comisión ha desarrollado una interpretación de la normativa a aplicar que tiene en cuenta la evolución de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos en la comunidad internacional, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional (*cf.* “Mary y Carrie Dann”, Estados Unidos, Informe N° 75/02, párrafo 124), que incluye el Convenio N° 169 OIT, aún para la solución de conflictos en estados que no lo han ratificado. Ello, por cuanto, el art. 29 de la Convención implica que en su interpretación se deben incluir, además de los instrumentos internacionales a los que el país se haya obligado libremente, el desarrollo contemporáneo de conceptos que contienen valores indígenas (*cf.* Picolotti).

Por estas razones, la Convención reviste particular trascendencia en este tema, por cuanto, al ser ratificada por nuestro país, generó en nuestro derecho constitucional una instancia jurisdiccional supraestatal, la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, competente para entender las presuntas violaciones del estado a los derechos y las libertades reconocidos en el Pacto. La

17. Fue ratificada por la ley N° 23.054, que en su artículo 2 establece el acatamiento de “la jurisdicción internacional de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos por tiempo indefinido, y la de la Corte Interamericana de Derecho Humanos bajo condición de reciprocidad”.

instancia no sustituye el juzgamiento por los tribunales argentinos, por cuanto las condiciones de acceso son dos: (a) el agotamiento de las instancias internas ante los tribunales argentinos, y (b) la previa intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia de la Corte es de obligatorio cumplimiento para el estado y no procede en jurisdicción argentina ningún recurso.

2.3. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes

Finalmente, con relación al Convenio 169 OIT cabe señalar que es el instrumento más avanzado vigente, por cuanto deja atrás una concepción integracionista para establecer una política que respeta el derecho a la igualdad en condiciones de pluralidad.¹⁸ En efecto, reconoce como titulares de los derechos a los pueblos, cuya pertenencia se establece por un criterio de adscripción subjetiva colectiva. Y sobre este sujeto colectivo reconoce un plexo de derechos colectivos, que tienen como eje el derecho a la autodeterminación interna (art. 1, inc. 3), y entre los que se cuentan el derecho al territorio y a los recursos naturales; el derecho a su organización e instituciones propias y el derecho a su desarrollo autónomo y a fijar sus prioridades que implica la consulta y participación en todos los asuntos que afectan sus intereses.¹⁹

El principio interpretativo que rige el Convenio es el derecho a la iden-

18. La expresión más ajustada de cómo conciben los pueblos indígenas su relación con los estados nacionales se plasma hoy en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas, preparado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de las Naciones Unidas en 1994. A partir de esa fecha se constituyó un Grupo de Trabajo abierto con el fin de elaborar un Proyecto de Declaración, que funciona en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos (actual Consejo de Derechos Humanos), que lo aprobó el pasado 29 de junio de 2006. El proyecto debió ser tratado por la Asamblea General en noviembre de 2006; sin embargo, el Tercer Comité de la Asamblea General adoptó una resolución patrocinada por Namibia que solicitaba un retraso en su aprobación, hasta el mes de septiembre de 2007; la base de las preocupaciones es el derecho de libre determinación.

19. Los derechos colectivos son aquellos derechos que se caracterizan porque sólo pueden ser ejercidos en grupo o porque sus poseedores son agentes colectivos. La recepción de esta categoría de derechos implica un cambio en el derecho internacional, por cuanto dada esta naturaleza no puede ser considerados adecuadamente desde la óptica de los derechos individuales; cf. fallo de la corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad del Pueblo Mayagna Sumo Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua (acápites 6.2).

tividad cultural de los pueblos, que se manifiesta en el respeto por la integridad de sus valores, sus prácticas y sus instituciones (*cf.* art. 5).

Los mecanismos de control de la aplicación del Convenio son dos: el primero, los informes periódicos que debe presentar el estado a la Comisión de Expertos, que puede requerir información adicional, y suele hacerlo en el caso de problemas de aplicación; el segundo es la presentación de reclamos ante la Organización Internacional del Trabajo, la que puede iniciar una investigación y, en caso necesario, la queja puede llegar a la Corte Internacional de Justicia.²⁰

3. La fuerza normativa de la Constitución Nacional

“La constitución escrita de un estado democrático es un sistema normativo que tiene fuerza obligatoria y vinculante”, en toda su integridad, también en sus implicancias (Bidart Campos, 1996c: 11 y 20). Ello no significa que las normas constitucionales alcancen por sí solas y de forma automática su debido cumplimiento, pero su fuerza normativa obliga a que se adopten todos los condicionamientos necesarios para alcanzar el resultado.

La fuerza normativa se vincula con el concepto de garantismo constitucional que va más allá de las garantías individuales y colectivas y apunta a “todo cuanto proceda que el derecho de la constitución dotado de fuerza normativa subordine y someta así todo el orden infraconstitucional del derecho y la política” (Bidart Campos, 1996c: 14).

La hermenéutica garantista se estructura en torno al concepto de contenido esencial del derecho y se caracteriza por (a) un mínimo de operatividad que garantiza su aplicabilidad, aun a falta de reglamentación y (b) el principio de razonabilidad que prohíbe “alterar” los derechos y garantías en las leyes que reglamentan su ejercicio, o con interpretaciones judiciales amplias y vinculan-

20. Además, desde hace más de 30 años, a impulsos de representantes de organizaciones de los pueblos indígenas se han ido constituyendo distintos espacios de control del cumplimiento de los derechos en el seno de Naciones Unidas. Los principales son el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (Resolución 1982/19 de la Comisión de Derechos Humanos y Resolución 1982/3 del Consejo Económico y Social), el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Resolución E/RES/2000/22 del Consejo Económico y Social) y el Relator Especial sobre “La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (Resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/DEC/2001/57).

tes (cf. Bidart Campos, 2000: I.A, 730).²¹ Estos conceptos tienen aplicación en el tema que nos ocupa.

Con relación a la aplicación del artículo 75 inc. 17, la posición de los constitucionalistas es mayoritaria en pro de su operatividad. Sólo alguna doctrina cada vez más minoritaria afirma que se requiere una reglamentación por parte del Congreso Nacional que aún no ha sido dictada (cf. Badeni, 1994: 339 y ss.; Ekmekdjian, 1997: 531).

Recordemos que el artículo se encuentra en la parte orgánica de la Constitución, entre las atribuciones del Congreso –si bien, como se sabe, ello obedece a la forma en que se declaró la necesidad de la reforma–, ubicación que en principio remite a un desarrollo legislativo. Ahora bien, por la índole de los derechos que trata, integra la parte dogmática, esto es, de las “Declaraciones, derechos y garantías”.

Sancionada la reforma constitucional, a fin de avanzar en el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos constitucionalmente, fue necesario dilucidar si era requisito para su aplicación el dictado de una ley que reglamentase su ejercicio, o si el solo reconocimiento constitucional obligaba a las autoridades del Poder Ejecutivo y Judicial a su aplicación bajo pena de inconstitucionalidad de lo actuado.

En este último sentido lo entendió el organismo nacional responsable de la relación con los pueblos y comunidades indígenas en Argentina, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), con relación al registro de la personería jurídica de las comunidades. Y por ello solicitó dictamen al Dr. Germán Bidart Campos, quien manifestó que a su juicio: “La cláusula citada implica el recono-

21. Esta hermenéutica, a su vez, se nutre de dos criterios principales. El primero, la mediación de la razón y de las circunstancias en la elaboración de los juicios, es decir, ubicar el derecho en un ámbito o escenario y luego interpretar, en cada caso, cuál es la protección y el alcance que hay que dar a cada derecho subjetivo (cf. Bidart Campos, 2000: I.A, 732). El segundo, la búsqueda de la mejor solución posible que habilita al juez a buscar y elegir en cada caso la tutela judicial más eficaz, lo que puede implicar modificar la acción y el trámite procedimental propuesto por el justiciable (cf. Bidart Campos, 2000: I.A, 732 y ss.; y fallo del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy en los autos caratulados “Comunidad Aborigen Laguna del Tesorero - Pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo s/prescripción adquisitiva, 27 de mayo de 2005, Libro de Acuerdos N° 48 F° 2792/2807 N° 935).

En el mismo sentido, afirma Bazán, la norma entraña un mandato no sólo para los legisladores y el poder ejecutivo, sino para los jueces, “quienes pueden y deben suplir la desidia o renuencia de los restantes Poderes estatales” (Bazán, 2000: 96-97), vía el control de inconstitucionalidad por omisión.

cimiento directo y automático de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; o sea que es operativa, con el sentido de que el Congreso no podría negar ese reconocimiento. Se trata de lo que en doctrina constitucional se denomina el contenido esencial que, como mínimo debe darse por aplicable siempre, aun a falta de desarrollo legislativo" (1996a).

También la doctrina es concorde en establecer que los tratados sobre derechos humanos deben interpretarse partiendo de la presunción de que sus cláusulas son operativas. Ello exige que todos los órganos de poder no sólo eviten incurrir en su violación sino que los apliquen, y "de ser necesario reajusten, modifiquen o deroguen toda normativa interna que sea opuesta a ellos o les origine bloqueo [...] y que los *tribunales judiciales* —federales y provinciales— también asuman el deber de aplicar en sus sentencias las disposiciones internacionales que sean conducentes para cada caso, y comprendan que en las "medidas de carácter distinto a las legislativas" a las que alude el Pacto de San José en su art. 2º se hallan precisamente las sentencias judiciales" (Bidart Campos, 2000: I-A, 404; la *itálicas* son del autor).

Con relación a la jurisdicción internacional (1984) las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "han de ser tomadas en cuenta como orientación valorativa para su aplicación posible". En efecto, la Corte Suprema de la Nación ha dicho que para dar aplicación a los tratados en las condiciones de su vigencia, deben tomarse en cuenta la interpretación jurisprudencial surgida de los tribunales internacionales competentes.²²

Finalmente, la operatividad del Convenio N° 169 OIT ha sido explicitada por Bidart Campos en dictamen a solicitud de la Confederación de Organizaciones Mapuche.²³ El principio general es que la *operatividad se presume*. Más aún, añade

22. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en *Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación*: 1995) que la jerarquía constitucional de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana".

23. Se le preguntó: "Operatividad de los principios establecidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en vigencia en nuestro país, hasta tanto se sancionen las disposiciones que hagan posible su cumplimiento".

un principio interpretativo a favor de la presunción de operatividad: "en las causas judiciales (ver art. 12) en que se invoquen normas del Convenio (sean operativas, o no), el tribunal que conozca del proceso decida si, según las circunstancias del caso concreto en el que debe fallar, existe alguna forma o modalidad de aplicación directa de las cláusulas en las que ese caso encuadra".

El reconocimiento del carácter operativo que revisten las normas constitucionales en su contenido esencial ha permitido que aún a falta de una legislación que las reglamente se produjeran desarrollos significativos en las políticas del gobierno nacional y de algunos gobiernos provinciales, en la jurisprudencia, en la doctrina y en las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas, a más de 10 años de la reforma constitucional (*cf.* acápite 6).

4. El carácter federal

Luego, si bien el art. 31 de la Constitución Nacional, en cuanto determina la jerarquía del derecho federal sobre el derecho público provincial, no ha sido modificado en la reforma constitucional de 1994, sí ha recibido una importante aclaración complementaria en la primera parte del art. 75, inc. 22.

El artículo 75, inc. 17 *in fine*, prevé la concurrencia de las provincias en el dictado de la legislación. En este sentido, se entiende que las provincias pueden concurrir en el desarrollo jurídico del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, siempre sobre el reconocimiento del núcleo mínimo de derechos que establece la Constitución Nacional. Luego, la constitución federal es el piso mínimo de derechos que se deben reconocer a los pueblos y comunidades indígenas, y las Cartas Constitucionales Provinciales no pueden desconocer el marco constitucional federal, ni sustraer los derechos en él reconocidos.

Por ello, en este trabajo caracterizo el marco jurídico como federal para denotar el carácter fundante y obligatorio que para los estados provinciales tiene el derecho de los pueblos indígenas, en cuanto, por su raigambre constitucional es parte de los acuerdos que nos conforman como un estado federal.

5. El derecho de los pueblos indígenas

El reconocimiento de la *preexistencia étnica y cultural* de los pueblos indígenas tiene importantes consecuencias no sólo para los pueblos indígenas sino para

la organización del Estado argentino. Al reconocer su existencia anterior a la conformación del estado, el constituyente asume que la forma de vida tradicional de estos pueblos debe sostenerse en condiciones que respeten su identidad y permitan su pleno desarrollo. Se configura, por tanto, una nueva situación en el sistema jurídico por el ingreso del derecho consuetudinario indígena: el *pluralismo jurídico*.

Entiendo que se configura un subsistema o nuevo *corpus juris* que se desprende del sistema constitucional argentino al recepcionar el pluralismo jurídico y, por tanto, nuevos institutos que tienen creación constitucional, entre los que destaca la personería jurídica de las comunidades, la propiedad comunitaria de las tierras, la participación en la gestión de sus recursos naturales y en los demás intereses que los afecten, por nombrar algunos que han alcanzado mayor visibilidad.

El *derecho indígena* o derecho de los pueblos indígenas, afirma un jurista indígena, es “el conjunto de normas propias que regulan la conducta y el desarrollo armónico de la vida de los pueblos y las comunidades indígenas. Su esencia es el derecho consuetudinario, enriquecido con normas del derecho positivo de los Estados que se le incorporen recepiendo normas sobre los territorios indígenas, cosmovisión –pensamiento religioso y filosófico de los pueblos indígenas–, su pluriculturalidad, sus personerías jurídicas, sus organizaciones comunitarias locales, nacionales e internacionales” (Frites, 2001).

El derecho indígena se distingue del derecho consuetudinario o “*derecho propio* de los pueblos indígenas”, si bien encuentra fundamento en él. Frites define el *derecho consuetudinario* como “el conjunto de normas basadas en la costumbre de cada comunidad de los pueblos indígenas. Son normas morales y materiales con las que se administran las actividades comunitarias a través del tiempo. Los pueblos indígenas de Argentina, por ejemplo lo vienen practicando desde siempre. Estas normas de tipo administrativo, civil, penal y religioso han permitido mantener la identidad cultural y sus derechos materiales y espirituales, como conservar la tierra o territorio, su cosmovisión y conciencia indígena, resistiendo la destrucción de la personalidad indígena por parte de los grupos dominantes que proceden de la Colonia Española y de los Estados Republicanos” (Frites, 2001).

Los avances en la aplicación del derecho consuetudinario se han dado vinculados a la personería jurídica y a la posesión de las tierras; no así en los temas del derecho penal y del derecho procesal penal, con excepción de algunos fallos que desestiman los cargos por usurpación de tierras (art. 181 del Código Penal).²⁴

6. Los principales derechos

Los principales derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal son la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, el derecho a la identidad, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones, la propiedad comunitaria de sus tierras y territorios, la educación bilingüe e intercultural y la participación en la gestión de sus recursos naturales y en los demás temas que afecten sus intereses.

El orden en la enumeración de los derechos se basa en el enunciado constitucional. Sin embargo, en este acápite consideraremos algunos de estos derechos, el orden de los avances en su implementación, comenzando por el registro de la personería jurídica de las comunidades.

6.1. La personería jurídica de las comunidades

En orden a las necesidades inmediatas de las comunidades, el problema de la personería jurídica es el primero, porque se vincula a la regularización de la titularidad del dominio de las tierras en las que habitan tradicionalmente y a la autonomía en la toma de decisiones. No es, por tanto, una cuestión abstracta.

Desde la sanción de las leyes provinciales y hasta el reconocimiento constitucional, las comunidades adoptaron formas asociativas ajenas a su cultura fundamentalmente para obtener la titularización de la propiedad de sus tierras. Se trata de aproximadamente 600 comunidades que en su mayor parte habitan en las provincias de Chaco, Formosa, Salta y Neuquén, y han registrado su personería por las normas del derecho civil (asociaciones civiles). Se trata de una personería formal, sujeta su vigencia a la presentación anual de documentación muy costosa y ajena a la forma de vida de las comunidades (asamblea y balance anuales), por ello, son muchas las comunidades que no pueden hacer uso de ella. Pero además la renovación de autoridades, exigida por estatuto constitutivo en virtud del sistema representativo, se presta a conflictos al interior de la comunidad,

24. Cf. Caso Puel, Raúl s/Daño (Expte. N° 228/98) resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia del Neuquén (cf. Bazán, 2004); los fallos del Juzgado N° II, a cargo del Juez Martín Lozada, Secretaría N° IV, a cargo de Martín Hernán Govetto en los autos caratulados "Guarda Fidel psa. usurpación" (10 de diciembre de 2004) y "Fernández, Edgardo R. s/usurpación" (21 de abril de 2004); "Painefil, Antonio s/ usurpación" (septiembre de 2006). Cf. Zaffaroni (1999) que propone la categoría de "error culturalmente condicionado", que permite conciliar dentro del sistema positivo la diversidad cultural y la pluralidad de ordenamientos.

manejos clientelísticos, rupturas internas, ya que no responde a la forma organizativa tradicional.

Ahora bien, la Constitución Nacional *reconoce la personería jurídica de las comunidades*. Cuando el derecho emplea el verbo “reconocer”, aludé a realidades ya existentes. No es el derecho el que las crea, como es el caso de las sociedades o de otras personas jurídicas, sino que sólo las declara, las pone de manifiesto, las registra a fin de que se formalicen los efectos jurídicos que produce su existencia.

El verbo “reconocer”, en el enunciado de la cláusula constitucional, implica la aceptación de las formas de organización y los estilos de vida de los pueblos y de las comunidades, es decir, la recepción del derecho consuetudinario propio de la comunidad y/o del pueblo indígena.

El reconocimiento y registro de las comunidades con respeto de sus pautas tradicionales de organización es una práctica que ha logrado una política nacional que la sustente, como hemos visto (*cf.* acápite 3), por el fuerte compromiso de la doctrina, en particular de Bidart Campos. Su dictamen es la base de la resolución de la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación N° 4811/96.²⁵

En efecto, la normativa cuenta con dictamen favorable de Bidart Campos quien además de manifestarse a favor de la operatividad del artículo constitucional, consideró que con relación a las personerías jurídicas ya “otorgadas”, era necesario “acomodar las formas asociativas a la idiosincrasia de las culturas aborígenes”. Y, en consecuencia, era “prioritario que, para su debido respeto tal como lo exige la constitución, se sustituyan y/o supriman cuantas inscripciones se hayan efectuado bajo la máscara de estructuras asociacionales ajenas a la misma tradición y cultura indígenas, debiendo simplificarse las exigencias y formalidades que les son incompatibles” (1996a).

La resolución SDS N° 4811 modificó sustancialmente el tratamiento jurídico del tema, por cuanto el registro dejó de ser un acto constitutivo para ser meramente declarativo. La resolución asume como criterio fundamental la autodefinición o autoadscripción colectiva.²⁶ Y, por ello una vez registra-

25. En virtud de lo dispuesto por la ley N° 23.302 funciona en el INAI el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI, conformado mediante resolución N° 781/95 de la ex Secretaría de Desarrollo Social de la Nación), que tiene como función mantener actualizada la nómina de comunidades inscriptas y no inscriptas.

26. A los fines del registro, la comunidad debe presentar una breve reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico; la descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades; la nómina de sus integrantes con grado de parente-

da, no requiere la presentación de ninguna otra documentación en el tiempo que actualice los datos, salvo que así lo prevea el mismo estatuto de la comunidad.

Esta normativa fue aceptada por los representantes indígenas participantes en el Encuentro Nacional del Programa de Participación de los Pueblos Indígenas (PPI, 1997), que concluyó: “El Estado debe garantizar la vigencia de la Resolución 4811 hasta tanto se dicte una ley superadora, teniendo como punto de partida las conclusiones del PPI”.

En orden a la concurrencia de las provincias, la resolución propone un federalismo concertado. Es decir, el INAI firma convenios con las provincias para la puesta en marcha de los registros provinciales “que tiendan a evitar la superposición y la contradicción en el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades por parte de diversas jurisdicciones” (cf. PPI, 1997). Se firmaron convenios con las provincias de Jujuy, Chubut, Santa Fe, Neuquén y Río Negro, de los cuales sólo dos han tenido cumplimiento: los celebrados con las provincias de Jujuy y Río Negro.

En la actualidad (2006), son más de 300 las comunidades que tienen registrada su personería jurídica con respeto a su organización tradicional, algunas en el RENACI y otras en los registros correspondientes de las provincias de Jujuy y Río Negro.

6.2. La propiedad comunitaria de las tierras

El derecho de las comunidades a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan tiene reconocimiento constitucional.

En efecto, el artículo 75, inc. 17, “reconoce la propiedad comunitaria de las tierras”. Se trata de un nuevo derecho que reviste la máxima jerarquía, por ser creación del constituyente, y genera en el Estado la obligación de realizar los actos necesarios en orden a garantizar su goce efectivo.

El constituyente crea este nuevo derecho con características de indis-

co y los mecanismos de integración y exclusión de sus miembros. Los requisitos se fundamentan en la necesidad de legalizar y legitimar los intercambios con el estado y la sociedad civil, así como muñir de elementos a las comunidades que impidan la intromisión de terceros ante eventuales conflictos (ejemplos son los derechos patrimoniales que entraña la pertenencia, en especial con relación a la tierra comunitaria o la representación y competencias de sus autoridades). Si estos criterios y procedimientos están claros, es más fácil la relación con la sociedad y el estado, y que este último carezca de poder para intervenir en los problemas o conflictos internos.

ponibilidad y formas de ejercicio y titularidad ajenas a las reguladas en el Código Civil; por ello, su inclusión en este ordenamiento, implicaría una desjerarquización que lejos de ser una mayor garantía puede conspirar contra los objetivos perseguidos (cf. Alterini, 2005: 192).

El Convenio N° 169 OIT regula este derecho en los artículos 13 a 19 inclusive, estableciendo la importancia que para las culturales y valores de los pueblos reviste su relación con sus tierras o territorios (art. 13). Cabe aclarar que si bien se habla de tierra, el derecho de las comunidades reconocido en la normativa se encuadra en el concepto de territorio, que "cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (13.2).

El Convenio (12.2 y 12.3) establece la obligación de los estados de realizar las medidas necesarias para "determinar" las tierras que los pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de estos derechos, instituyendo para ellos procedimientos adecuados para la resolución de los conflictos.

Las comunidades poseen tierras que desde el punto de vista dominial tienen disparidad de situaciones jurídicas, en parte como producto de la incidencia de distintos frentes colonizadores y civilizatorios al interior de nuestro país, así como por las características culturales de los pueblos afectados por esos frentes y las peculiaridades de conformación de los distintos estados provinciales. Un porcentaje significativo de las tierras en las que habitan las comunidades carece de título de propiedad. Es innecesario subrayar la gravedad del problema, si además agregamos la fuerte concentración de tierras que se ha operado desde la última dictadura militar, y en particular en la década de 1990, que tiene aparejados graves conflictos por desalojos en tierras de las comunidades, muchos de ellos de público conocimiento. Luego, es imprescindible una clara y eficaz política de tierras que contemple también la entrega de otras aptas y suficientes.

Como veremos, la obligación del Estado de registrar la posesión tradicional de las comunidades ha tenido trascendentes reconocimientos en la jurisprudencia y principio de cumplimiento en algunas acciones realizadas por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI),²⁷ para lograr, finalmente, san-

27. El INAI y las respectivas provincias desde 1996 han celebrado convenios en los que han pactado restituciones y registro de posesiones de tierras de las comunidades. Los principales convenios firmados son con las provincias de (a) Chubut (1996), por 245.000 hectáreas habitadas por comunidades mapuche y tehuelche, cumplido parcialmente a pesar del tiempo transcurrido, (b) Río Negro (1998), por la regularización de 334.000 hectáreas de tierras que se encuentran en

ción legislativa con carácter de orden público en la recientemente sancionada (noviembre 2006) ley de "Emergencia de la propiedad comunitaria indígena" (Nº 26.160).

La Corte Interamericana ha reconocido los derechos colectivos a la tierra, los territorios y los recursos naturales de la Comunidad del Pueblo Mayagna Sumo Awas Tingni (2001) y la obligación del Estado de proceder a la demarcación de las tierras y territorios,²⁸ en una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ampliando el amparo a la propiedad privada a "los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal" (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia del 31 de agosto de 2001: parágrafo 148). Además, generó un importante precedente para la defensa de los derechos indígenas en el sistema internacional, al afirmar que los derechos territoriales indígenas no se basan en la existencia de un título formal otorgado por el estado, sino en la posesión de la tierra con fundamento en su derecho consuetudinario (*cf.* parágrafo 151).

En una interpretación amplia unió el derecho de propiedad al derecho a la identidad y la cultura, reconociendo la importancia que reviste para los pueblos indígenas su relación con la tierra, señalando que "Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de 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 futuras" (parágrafo 149).

De esta forma, el máximo organismo jurisdiccional interamericano ha

régimen de reserva y otras en áreas críticas con población dispersa y (c) Jujuy (1996), por la regularización domínial de 1.293.000 hectáreas en las que habitan más de 150 comunidades de los pueblos kolla y guaraní. También se han firmado con igual finalidad convenios con las provincias de Misiones, Formosa, Salta, Chaco, Tierra del Fuego, Tucumán y Neuquén.

28. Los hechos motivo de la demanda fueron las concesiones destructivas otorgadas por el estado de Nicaragua en tierras comunales indígenas sin la consulta o el acuerdo previo de las comunidades afectadas, y estando en mora el estado en su obligación de demarcar y de asegurar legalmente la titularidad del dominio de las tierras indígenas.

establecido que las personas indígenas, para el goce de los derechos que le son reconocidos, requieren la protección y el desarrollo de condiciones sociales, políticas y culturales de carácter colectivo en las que cobran sentido esos mismos derechos.

También desde hace varios años la jurisprudencia de las provincias ha reconocido el derecho de las comunidades a la propiedad comunitaria de sus tierras. Así, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería de Pico Truncado, provincia de Santa Cruz (24 de marzo de 2000) hizo lugar a la acción de amparo presentada por la familia Paisman Vera revocando "toda adjudicación unipersonal del predio y transformando la misma en adjudicación comunitaria a favor de todos los descendientes indígenas tehuelches de don Francisco Vera y ordenando al Consejo Agrario Provincial [que] se abstenga de aplicar las resoluciones y disposiciones administrativas declaradas inconstitucionales" (cf. "Paisman Vera, Francisco c/ Consejo Agrario Provincial s/ acción de amparo").

En consonancia con el valor que tiene la tierra para los pueblos indígenas, el constituyente declara su indisponibilidad (no son enajenables, ni transmisibles, ni se pueden gravar o embargar). La consecuencia inescindible es la prohibición de cualquier medida que sea susceptible de originar el desalojo, la desocupación o la expulsión de personas o familias integrantes de aquellas comunidades, que habitan dichas tierras o realizan en ellas sus actividades. Al decir de Bidart Campos, "lo que se impide y no se quiere es el desarraigo forzado de los hábitats tradicionales" (Bidart Campos, 1996b: 1209). Luego, la forma que asume el reconocimiento constitucional garantiza que mientras exista la comunidad no pierda las tierras en las que habita.

La doctrina y la jurisprudencia han ido afirmando el derecho a la propiedad comunitaria en condiciones de intangibilidad y de indisponibilidad, tal como lo establece la Constitución Nacional. Relevante en este sentido es el dictamen de Bidart Campos de septiembre de 2004, cuyo texto dice: "La cláusula del inciso 17 del art. 75 de la constitución, en cuanto reconoce la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, a la vez que impide enajenarlas, transmitir las, gravarlas o embargarlas, tiene como consecuencia inescindible el alcance de prohibir cualquier medida incluso judicial que origine, o sea susceptible de originar, el desalojo, la desocupación o la expulsión de personas o familias integrantes de aquellas comunidades, que habitan dichas tierras o realizan en ellas sus actividades de subsistencia".²⁹

29. El dictamen fue escrito el 31 de agosto de 2004, pocos días antes de morir, entiendo que es muestra acabada de su compromiso con el derecho de estos pueblos, desde su confesada "comprensión tardía" (2001) del problema.

Luego la legalidad y legitimidad del título cuando se trata de tierras en las que habitan las comunidades indígenas es la posesión, tal como lo reconoce la Constitución Nacional y en las condiciones que el mismo precepto constitucional establece, tornando de imposible cumplimiento cualquier desalojo, por cuanto se trata de tierras que no pueden embargarse, ni transmitirse ni venderse.³⁰

Como se dijo, la jurisprudencia también lo reconoce en una serie de fallos que se están generando en este último tiempo, fundamentalmente en las provincias de Río Negro, Neuquén y Jujuy (*cf.* Rodríguez Dutch, 2005).

En este sentido, son sustantivos los conceptos que fundamentan la decisión del Juez Emilio Riat³¹ a favor de la Comunidad Mapuche Kom Kiñe Mu. (Paraje Las Minas) en el conflicto con la familia Sede por la posesión de las tierras que ocupa ancestralmente como antiguo miembro la comunidad Ancalao.³² Los principales argumentos fueron: (a) la posesión y propiedad indígenas son conceptos nuevos y peculiares que afectan el concepto mismo del derecho real, tienen rango constitucional, supremo, diferenciado y autónomo del derecho civil; (b) "el derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo [...]. Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa"; (c) el derecho a la tierra es un derecho irrenunciable desde que es inenajenable. Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro,

30. También fue favorable al anteproyecto el dictamen de Quiroga Lavié (2004), fundándose en razones de mora de la administración que debe aplicar el precepto constitucional, dado que "existe un incumplimiento por parte de la legislación que ha podido generar diversas situaciones de violación a los derechos dominiales de las comunidades", en cuanto sólo se han entregado una centena de títulos y la mayoría de las comunidades tiene serios problemas de reconocimiento de la personería constitucional, "habiendo sido víctimas muchas de ellas de desalojos judiciales". hechos motivo de la demanda fueron las concesiones destructivas otorgadas por el estado de Nicaragua en tierras comunales indígenas sin la consulta o el acuerdo previo de las comunidades afectadas, y estando en mora el estado en su obligación de demarcar y de asegurar legalmente la titularidad del dominio de las tierras indígenas.

31. Sede, Alfredo y otros *c/* Vila, Herminia y otro *s/* desalojo" (Expte. 14012-238-99). Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 de la provincia de Río Negro.

32. La familia Sede primero obtuvo de la autoridad competente provincial, un permiso precario de ocupación del predio (alrededor de 1960) y, más tarde, un título de propiedad (1989). Sin embargo, cuatro familias de la comunidad siguieron ocupando las tierras, situación que fue aceptada por los Sede. En el año 2000 el predio es vendido a un tercero que exige la entrega del campo "libre de ocupantes". Ello obligó a los Sede a iniciar juicio de desalojo, sobre el que versa el fallo.

etcétera. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable. Para hacerlo valer, lo único relevante es que quienes lo reivindicaron se hayan conservado tradicionalmente en el lugar y que pertenezcan a la comunidad, dada la imposibilidad de las comunidades de realizar actos posesorios típicos del código civil después de la conquista e inmigración por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos.

El reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria en el marco de su derecho consuetudinario, además tiene consecuencias con relación a la norma y los criterios que deben aplicarse en aquellos casos en los cuales la titularidad del dominio figura en cabeza del jefe de la comunidad, ya que no se rige por las normas del Código Civil sino por el derecho consuetudinario del pueblo o comunidad.

El *leading case* lo constituyó la sucesión de don Carlos Vera, longko de la comunidad mapuche Vera, que habita en localidad San Martín de los Andes, provincia de Neuquén. El eje de la disputa era la titularidad de 250 hectáreas que habían sido entregadas en reconocimiento por su labor patriótica al jefe de la familia, Carlos Vera, sin el correspondiente registro dominial, por lo cual las tierras en cuestión estaban bajo la titularidad del municipio. En oportunidad de decidir el Consejo Deliberante de esa ciudad la regularización del título a requerimiento de la comunidad, se presentaron otros descendientes quienes hacía ya largo tiempo no vivían en ellas ni formaban parte de la comunidad, y pretendían iniciar juicio sucesorio. La apertura de la sucesión hubiera supuesto la división de las tierras, que, huelga decir, tienen una posición estratégica.

La comunidad solicitó dictamen al Dr. Bidart Campos y el Municipio al Dr. Quiroga Lavié. Bidart Campos (1997a) dictaminó que la acepción descendiente se debe "entender referidas a cuantas personas derivadas de ese tronco histórico conviven y comparten las tierras que se hallan en discusión. Digo esto para que quede claro que no se trata de derechos sucesorios o hereditarios en el sentido del código civil sino de los derechos históricos que como pueblo indígena preexistente le corresponden a la comunidad Mapuche Vera".³³

En síntesis, el aporte de la doctrina dejó sentada la aplicación del derecho consuetudinario en lo referente a la posesión de las tierras, explicitando que la titularidad del derecho se basa en los derechos históricos y no en el parentesco, como lo establece el derecho común, no siendo aplicable la normativa civil

33. El dictamen es concordante con el efectuado por Quiroga Lavié (1997), quien al referirse a las pretensiones de los "sucesores de Carlos Vera" que no ocupan la tierra, afirmó: "no pueden ser con

y, por tanto, la apertura de sucesión. Derechos históricos que se actualizan en la continuidad de la posesión, es decir, en la efectiva posesión por parte de la comunidad en la actualidad.

Como dije, en estos años, la jurisprudencia ha confirmado la obligación del estado de realizar las acciones necesarias para garantizar la posesión de las tierras y los territorios en los que habitan las comunidades. El Tribunal Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy (mayo de 2006) ha condenado al Estado provincial a registrar la transferencia de las tierras en las que habitan las comunidades indígenas en los departamentos de Cochinoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande y lotes 1 y 515 del Depto. Santa Bárbara, en el término de quince meses; absteniéndose en ese lapso de entregar tierra en propiedad a particulares, sean miembros del pueblo aborígen o terceros.³⁴

Finalmente, es auspiciosa la medida tomada por el Congreso Nacional que ha sancionado la ley de "Emergencia de la propiedad comunitaria indígena" que suspende los desalojos en las tierras que habitan las comunidades indígenas por el plazo de 4 años y ordena al INAI que en el término de 3 años realice las acciones necesarias a fin de perfeccionar los títulos de las tierras en las que habitan las comunidades indígenas. Para ello, deberá articular las acciones y tareas con el Consejo de Participación Indígena y, podrá realizar estas tareas en coordinación con los Institutos Aborígenes Provinciales, universidades nacionales, entidades provinciales y/o nacionales, organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales. Asimismo crea un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas, por un monto de \$ 30.000.000, con el objeto de profundizar la ejecución del Programa de Fortalecimiento Comunitario -Resolución INAI N° 235/04- tendiente a consolidar la posesión tradicional de las tierras que habitan las comunidades; los programas de regularización dominial de tierras fiscales provinciales y nacionales, el Plan de releva-

siderados con derecho a la propiedad privada, por cuanto el título o derecho se funda en la 'posesión pacífica y patriótica y el afincamiento en las tierras. Si no hay posesión ni afincamiento, los sucesores de Carlos Vera no pueden pretender ningún derecho de propiedad' (cf. op. cit.: 5.3.b). Lo que importa es la posesión efectiva" (Quiroga Lavié, 1997: 9).

34. En los autos caratulados "Acción de Amparo: Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y otros c/ Estado Provincial" (Expte. N° 8-105.437/03). El amparo fue iniciado por las comunidades por la demora del gobierno provincial en la ejecución del Programa de Regularización y Adjudicación de Tierras a Población Aborígen de la Provincia de Jujuy (PRATPA) puesto en marcha mediante convenio firmado con entre el INAI y la provincia de Jujuy (1996) para la regularización dominial de 1.293.000 has en las que habitan comunidades de los pueblos Kolla y Guaraní (cf. nota 27).

miento de la situación dominial y la gestión de compra en virtud del imperativo constitucional de regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

El principio rector para regularizar el dominio de las tierras es garantizar la participación de toda la comunidad en la decisión sobre la forma en la que quiere recibir la titularidad del dominio sobre las tierras (familiar o comunitaria), respetando en el procedimiento las pautas culturales y resguardando en todos los casos el uso comunitario de los espacios que la comunidad tradicionalmente se sirve para el desarrollo de su vida y actividades (caminos, aguadas, lugares de pastoreo, entre otros) y la indisponibilidad de las tierras. Los criterios para la realización de la consulta siguen la pauta establecida en el artículo 6 del Convenio N° 169 OIT, a saber: previa; con procedimientos apropiados en lo cultural y también desde el punto de vista de la finalidad, en este caso, que las decisiones se tomen a través de las instituciones representativas.

Una condición que debe cumplirse siempre es el registro del dominio de las tierras en condiciones de indisponibilidad. En efecto, como vimos, la Constitución Nacional establece importantes restricciones al dominio de las tierras comunitarias: son inembargables, inenajenables e imprescriptibles. Estas limitaciones han sido muy criticadas por la sociedad, por cuanto son vistas como restricciones a la posibilidad de desarrollo socioeconómico para la comunidad, dada la dificultad que implica no tener garantías reales para el financiamiento de actividades económicas. Y, además, se las considera una discriminación con relación al resto de la población que tiene libre disponibilidad de sus bienes. La respuesta a estas inquietudes es sencilla. Fueron los mismos pueblos indígenas quienes así lo solicitaron, dado que las comunidades no quieren volver a perder sus tierras; situación que corresponde a lo que, en derecho se denomina discriminación inversa o positiva. Es una condición que opera como una defensa para aquel que ha tenido una situación de desigualdad real con relación al resto de los ciudadanos. Es necesario capacitar y dar herramientas a las comunidades en el aspecto jurídico para que puedan defender sus derechos, y mientras tanto, y sobre todo si además los pueblos mismos lo han solicitado, tienen derecho a pedir estas restricciones.

Finalmente, cabe aclarar que si bien se habla de tierra, el derecho de las comunidades reconocido en la normativa que conforma el bloque de constitucionalidad federal se encuadra en el concepto de territorio (*cf.* Convenio N° 169 OIT, art. 13.1 y 13.2).

El territorio a diferencia de la tierra comprende el espacio aéreo y el subsuelo y la jurisdicción para la toma de decisiones por las propias autoridades en

el marco de su derecho.

El territorio es el espacio que los pueblos indígenas comparten con los demás seres vivos en una relación directa con garantía de autosostenibilidad mutua, de libertad incondicional para la manifestación de sus espiritualidades, culturas y ancestralidades. Es el espacio vital del desarrollo y del ejercicio de sus derechos colectivos, sus autonomías y actividades para procurar libremente su sostenibilidad económica, social, cultural y política. El territorio implica, por tanto, el ejercicio del poder político en los límites de su jurisdicción (Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, 2005).

Si bien se ha avanzado en el registro de la propiedad comunitaria indígena, en cambio, aún no hay políticas ni prácticas en torno al registro del territorio y el ejercicio de los derechos que implica no obstante lo establecido por el art. 7 del Convenio N° 169 con relación al derecho al propio desarrollo, a determinar las prioridades, a controlar el proceso de toma de decisiones y al autogobierno, derecho que genera la obligación del estado de adecuar sus estructuras decisorias a fin de dar cabida a las formas participativas indígenas, tanto en los procedimientos –como estudios previos acerca de la propuesta de desarrollo– como en la existencia de mecanismos judiciales preventivos de daños irreparables (art. 12, Convenio N° 169), entre los que se pueden enumerar los previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 30 de la ley 25.675.

6.3. La participación en los asuntos que afecten sus intereses

El derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas en los asuntos que afecten sus intereses es creado por el constituyente, cuando establece que se debe “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten” (art. 75, inc. 17 *in fine*).

Es un derecho que se sigue de su carácter de pueblo con derecho sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Si los pueblos y comunidades tienen estos derechos, va de suyo el derecho a la consulta y a la participación en todas las decisiones que afectan su desarrollo o sus intereses.

Es un tema relevante en la presente transición que se da en los estados que han ratificado el Convenio, en virtud de los mega proyectos que se desarrollan en la actualidad en los territorios de los pueblos y comunidades y porque las legislaciones nacionales, en los casos que prevén el mecanismo de consulta, lo hacen en forma acorde al sistema representativo, sin atender a las pautas culturales y organizativas de los pueblos y comunidades.

El Convenio N° 169 OIT (arts. 6 y 7) establece los términos del derecho a la consulta y la participación de los pueblos interesados cada vez que se tomen decisiones legislativas o de gobierno que les afecten directamente, debiendo regularse los procedimientos a través de los cuales puedan participar libremente de las decisiones. El derecho incluye el de decidir sus propias prioridades de desarrollo y el de participar efectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional.

La consulta debe hacerse siempre que se afecte los intereses y tiene dos condiciones en el procedimiento: (a) realizarla con mecanismos apropiados en lo cultural y desde el punto de vista de la finalidad, y (b) realizarla a través de las instituciones representativas de las comunidades y los pueblos. Finalmente, particulariza el Convenio (art. 6.2): “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

6.3.1. *El libre consentimiento fundamentado previo*

Sobre este derecho, los pueblos han ido construyendo el instituto del libre consentimiento fundado previo como condición *sine qua non* para la realización de cualquier proyecto en territorio y tierras de comunidades indígenas o que afecte sus intereses (cf. Mac Kay, 2004).

El *libre consentimiento fundamentado* previo es un procedimiento obligatorio cuya realización el estado debe garantizar frente a cualquier posible proyecto o actividad que afecte el territorio, los recursos naturales y el patrimonio de los pueblos y comunidades indígenas.

El principio básico que debe regir todo el procedimiento es la “igualdad de oportunidades” que todas las partes deben tener para debatir cualquier acuerdo/desarrollo/proyecto propuesto. Esta debe entenderse como igualdad de acceso a los recursos financieros, humanos y materiales para que los pueblos y las comunidades debatan plena y significativamente en el idioma o idiomas indígenas que corresponda, o por cualquier otro medio convenido, cualquier acuerdo o proyecto que tenga o pueda tener consecuencias, ya sean positivas o negativas, en su desarrollo en cuanto pueblos separados o consecuencias en sus derechos a sus territorios y/o recursos

La obligación del estado ha sido consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos y establecida por la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos que ha considerado que “los Artículos XVIII y XXIII [de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre] obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente” (“Mary y Carrie Dann”, Estados Unidos. Informe 75/02: 140). El titular del derecho a brindar el consentimiento es el pueblo indígena, quien debe especificar cuáles son las instituciones representativas que están autorizadas para expresar el consentimiento en su nombre.

El derecho a participar en los asuntos que afecten sus intereses ha sido reconocido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, que en los autos caratulados “Pueblo Mapuche de Río Negro s/ Acción de amparo” (Expte. N° 19439/04-STJ),³⁵ con fecha 16 de agosto de 2005, ha establecido el derecho del Pueblo Mapuche que habita en esa provincia a la información y a la participación, y ordena a los distintos organismos intervinientes medidas tendientes a garantizar estos derechos, así como a resguardar las tierras y el patrimonio de las comunidades.

También con motivo de la sanción de la reforma a la Ley de Bosques de la provincia del Chaco un grupo de comunidades wichi que habitan en la zona de “El Impenetrable” promovieron un amparo colectivo contra el

35. El problema se suscita por la posible instalación de una mina de explotación de oro, denominado proyecto Calcatreu en un campo considerado fiscal, ubicado en el paraje Lipetrén Chico, distante a unos 82 kilómetros al sur de Jacobacci. En esas tierras declaradas reserva indígena desde 1970, habitan tres comunidades indígenas que tienen su personería jurídica reconocida. El Parlamento del Pueblo Mapuche toma conocimiento en el año 2003, y decide iniciar un amparo como Pueblo Mapuche de la provincia de Río Negro, en ejercicio de sus derechos colectivos como pueblo. La demanda es entablada por el presidente del Consejo de Desarrollo Indígena, como legítimo representante del Pueblo Mapuche ante el Supremo Tribunal de Justicia contra el gobierno de la provincia de Río Negro, el municipio y la empresa por incumplimiento de los artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional, ya que en la actividad concreta que se desarrolla en la provincia en torno al proyecto Calcatreu no se tiene en cuenta el derecho de los pueblos indígenas.

gobierno provincial por haberse dictado la ley sin su consulta y participación.³⁶ La Sra. Jueza Dra. Iride I. M. Grillo, titular del Juzgado Civil y Comercial N° 6, Resistencia, el 17 de diciembre de 2004, dictó sentencia favorable, confirmada por el tribunal de alzada, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, por la que se declara inconstitucional la reforma a la Ley de Bosques por cuanto, para su elaboración el gobierno chaqueño no consultó ni dio participación a las comunidades aborígenes.

6.3.2. Reconocimiento de las organizaciones tradicionales

Tan importante como el procedimiento a seguir y los derechos que se le atribuyen a los pueblos y comunidades en este proceso, es que el procedimiento sea llevado a cabo con las autoridades tradicionales de los pueblos y las comunidades y respetando las formas en que ellos toman sus decisiones.

El derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas es un problema a escala nacional y provincial, por la organización federal del Estado argentino y por la concurrencia establecida por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 17 *in fine*). El problema, entiendo, encierra dos cuestiones centrales: la identificación del sujeto que legitima la consulta y participación y los habilita para gestionar los temas vinculados a sus intereses, y el procedimiento para realizar la consulta.

Con relación al sujeto que debe ser consultado y su legitimación, se ha avanzado muy poco en la implementación de un registro de las distintas organizaciones que los pueblos y comunidades se van dando que respete su derecho consuetudinario. En efecto, como vimos, sólo se han creado condiciones para el registro de las comunidades indígenas de acuerdo con sus pautas culturales y con efecto declarativo (*cf.* acápite 6.2, Resolución SDS N° 4811).

Sin embargo, en las respectivas provincias los pueblos vienen desarrollando importantes experiencias que se inscriben en las prácticas de generar políticas y estrategias comunes a los ámbitos en donde se encuentran, que se refleja en organizaciones comunitarias y sectoriales (*cf.* acápite 1 para una enumeración ejemplificativa), sin que se haya creado un mecanismo de registro que legitime los efectos jurídicos de sus actuaciones. Por otra parte, es un problema que se plantea diariamente a la hora de contemplar el derecho a la participación en

36. En efecto, el poder legislativo provincial modificó la Ley de Bosques 2386 por medio de la ley n° 5285 sin la debida consulta a las comunidades wichis.

las decisiones que incumben a las comunidades y los pueblos: la legitimidad o no de los representantes, cuando se trata de organizaciones de segundo grado o representan intereses sectoriales.

Sin embargo, el derecho tiene reconocimiento constitucional y genera, al decir de Bidart Campos, "la obligación del estado de reconocer cualesquiera otras formas que las comunidades puedan darse en orden a su organización", lo que este autor denominó pluralismo asociativo indígena.³⁷ Con ocasión del dictamen solicitado por la Confederación Mapuche Neuquina manifestó:

Cualquier agrupamiento, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos. Ello sea respecto de comunidades nuevas o reconstituidas, territoriales de segundo o tercer grado, rurales o urbanas, sectoriales en materia de salud, trabajo, educación, turismo, etc. [...]

En síntesis, ni la provincia ni el INAI pueden negarse a reconocer y regis-

37. La Confederación Mapuche Neuquina (2002) consultó al jurista acerca de su derecho a ser registrada en el RENACI. La cuestión que planteaba -aún no resuelta- está relacionada con el crecimiento del pueblo Mapuche en la provincia de Neuquén. La organización original que nucleó a las comunidades rurales fue la Confederación Mapuche Neuquina, que desde hace más de treinta años tiene personería jurídica de derecho común. A lo largo de estos años, no sólo la Confederación ha adecuado su funcionamiento a las necesidades de las comunidades, rigiéndose en la práctica por un estatuto consensuado en sucesivos parlamentos, sino que además se han reconstituido comunidades, se van conformando organizaciones en los núcleos urbanos (Neuquén Capital, Zapala, Junín de los Andes, San Martín de los Andes y Chos Mal) y han creado la Coordinadora de Organizaciones Mapuche (1991) como instancia que reúne la Confederación Mapuche Neuquina, la Asociación Mapuche Newen Mapu (personería jurídica N° 1751/87) y el Centro de Educación Norgvlamtuleyayíñ (personería en trámite), con facultades "de discutir y promover las demandas del Pueblo Mapuche más allá de la división caprichosa del estado de ver mapuche del campo y mapuche de la ciudad", que entienden es una estrategia desintegradora y reduccionista llevada a cabo por el gobierno provincial; entre esas facultades se incluye la representación en el ámbito internacional ante diversos organismos, entre ellos las Naciones Unidas. La Coordinadora de Organizaciones Mapuche (1991) como instancia que reúne la Confederación Mapuche Neuquina, la Asociación Mapuche Newen Mapu (personería jurídica N° 1751/87) y el Centro de Educación Norgvlamtuleyayíñ (personería en trámite), con facultades "de discutir y promover las demandas del Pueblo Mapuche más allá de la división caprichosa del estado de ver mapuche del campo y mapuche de la ciudad", que entienden es una estrategia desintegradora y reduccionista llevada a cabo por el gobierno provincial; entre esas facultades se incluye la representación en el ámbito internacional ante diversos organismos, entre ellos las Naciones Unidas.

trar el pluralismo indígena asociativo en todas sus categorías institucionales [...]

Basta para ello que los fines, la organización interna, el ámbito de actuación, las autoridades, las competencias y las responsabilidades de cada entidad indígena se encuadren en lo que bien puede rotularse como la "legalidad" y "legitimidad" del derecho indígena aplicable a cada tipología agrupacional. Todo pasa que en el área de la jurisdicción provincial y en la del INAI (comprendido el RENACI) no se produzcan vejaciones ni omisiones que menoscaben los derechos indígenas comunitarios (colectivos) y personales, a los que ha de conocerse y depararse la calidad de derechos humanos.

Hasta el dictamen se dio una interpretación estricta a la cláusula constitucional que "reconoce la personería jurídica de las comunidades" y no habla del registro de otras organizaciones sectoriales o territoriales, como sí lo hacen algunas constituciones provinciales.

La interpretación restrictiva del mandato del constituyente nos lleva a movemos en un círculo vicioso porque en la medida en que no se avance en el registro de las organizaciones que para distintos fines las comunidades van forjando, será difícil construir legitimidad y legalidad en las respuestas que ellas construyen y apuntan a configurar la agenda del problema.

A partir del dictamen queda abierto el camino para que la autoridad competente registre estas organizaciones según sus propias formas. De esta manera, las comunidades pueden legalizar sus diversas representaciones políticas, territoriales y sectoriales que van gestando para dar respuesta a temas y problemas que por su naturaleza exceden el ámbito de sus competencias. Además, la legalización posibilita que las prácticas de trabajo vayan generando las legitimaciones, que con inusitada exigencia la sociedad demanda a los representantes indígenas, olvidando la dificultad que tenemos como sociedad para el ejercicio de la democracia representativa. En la época de elaboración de este trabajo, el INAI estaba consultando con el Consejo de Participación Indígena la creación de un Registro de Pueblos y organizaciones, pues ya se ha presentado una primera solicitud de registro de una organización de segundo grado, la de la Federación de Comunidades del Pueblo Pilagá, en la que se organizan las 16 únicas comunidades del Pueblo Pilagá que habita en el Estado argentino. En la jurisprudencia se destaca las sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro en la acción originaria iniciada por el Pueblo Mapuche de esa provincia, y en particular, la sentencia interlocutoria

Nº 216/04 (Autos "CODECI. de la provincia de Río Negro s/acción de amparo", Expte. Nº 19439/04-STJ).

La importancia de la demanda radica en la presentación del nuevo sujeto de derechos colectivos: el Pueblo Mapuche de la provincia de Río Negro, con fundamento en el artículo 75, inciso 17, y en el Convenio Nº 169 de la OIT. En la sentencia interlocutoria Nº 216/04, el Supremo Tribunal rechaza la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la provincia y acepta la legitimación activa del Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas (CODECI) para representar al Pueblo Mapuche, porque si bien es un organismo de la administración pública, por sus antecedentes constitucionales y legales, el texto de las normas y reglamentaciones que le rigen, el objeto institucional a cumplir, la misión y atribuciones reconocidos por el propio estado, trasciende en la representación y sus funciones ese marco administrativo y se proyecta a desarrollar las actividades de la ley Nº 2287 (que regula en la provincia el derecho del Pueblo Mapuche), por lo que no es un mera dependencia administrativa sino "un espacio institucionalizado de cogestión gobierno-población para establecer las políticas a implementarse"; según los términos del art. 4 del decreto de creación.

El derecho de las comunidades a que se habilite un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas con efecto declarativo (art. 37 de la Constitución Provincial y art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional) fue reconocido por la jueza María Iride Grillo en la sentencia de los autos "Consejo Qompi-Lqataxzac Nam Qompi c/ Provincia del Chaco y /o Q.R.R. s/ acción de amparo" (2006). Al mismo tiempo se declaró la inconstitucionalidad de la normativa que regula el tema (Ley Nº 4804/00) por ser inconstitucional en razón de haberse dictado sin consulta ni participación de las comunidades y exigir el cumplimiento de una serie de requisitos y formas jurídicas para el acceso a la personería jurídica.

Terminando este acápite, cabe destacar como muy auspiciosa la política impulsada por el Poder Ejecutivo Nacional, a través del INAI, en la constitución del Consejo de Participación Indígena (CPI), creado mediante la Resolución Nº 152 del 6 agosto de 2004 del Registro del INAI, con el fin de dar cumplimiento al requerimiento de participación indígena previsto por la Ley Nº 23.302,³⁸ y

38. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) en los autos "Asociación Indígena Argentina y otro s/ juicio de conocimiento" (2000) había ordenado la puesta en marcha en las condiciones establecidas por la ley -a saber: jerarquía de secretaría de estado y creación de un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor con participación indígena-

cuyo objetivo es establecer un diálogo intercultural en el debate de las políticas y la ejecución de los programas nacionales. El CPI se encuentra constituido por representantes indígenas de los pueblos originarios de cada una de las provincias, quienes fueron elegidos en asamblea de representantes de las comunidades de cada pueblo que habita en la respectiva provincia.³⁹

6.4. La participación en la gestión referida a sus recursos naturales

La obligación del estado de proteger los recursos naturales de los pueblos y comunidades y garantizar su participación en su gestión ha sido reconocido por el art. 75, inc. 17: "Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales".

El Convenio N° 169 de la OIT establece los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales en un marco que se conforma por la articulación del derecho a sus tierras y territorios (art. 13.2), el derecho al desarrollo autónomo (art. 7.1) y la participación en los recursos naturales (art. 15).

El principio general es la obligación del estado de proteger los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas (art. 15.1) y realizar, por tanto, todas las medidas necesarias para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de cualquier actividad que se desarrolle en el territorio de los pueblos (*cf.* art. 7.3).

La obligación se fundamenta justamente en el reconocimiento del derecho a participar en la utilización, administración y conservación de sus recursos (art. 15.1), lo que implica, por lo menos, el acceso a su uso en la medida en que sea requerido para el mantenimiento de su cultura y la preservación de sus formas de vida (*cf.* Salgado, 2006: 165).

En otras palabras, la propiedad de los recursos naturales se sigue de la propiedad reconocida sobre sus territorios, que incluye el derecho a plantear y

39. A lo largo de estos años se han producido tres importantes procesos de consulta a los pueblos indígenas -los programas de Participación de los Pueblos Indígenas (1996-1997), de Capacitación para el Fortalecimiento de Instituciones y Comunidades Indígenas (1997-1998) y el Foro de los Pueblos Indígenas (2004-2005)-, a fin de consensuar criterios para la reglamentación del artículo constitucional y para establecer una política pública. Estas iniciativas constituyen valiosos antecedentes para todos los temas en elaboración, pero no han tenido aún continuidad ni en la legislación ni en la política.

controlar su desarrollo político, social, económico y cultural decidiendo sus propias prioridades (art. 7.1).

A mayor abundamiento, el art. 15.2 establece que, aún en los casos que la propiedad de los minerales o de los recursos pertenezca al estado, “los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados y en que grado, *antes* de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras y territorios”.

El instituto que los pueblos indígenas vienen promoviendo a fin de hacer efectivo este derecho es el *libre consentimiento fundamentado previo* (cf. acápite 6.3).

Este derecho ha sido reconocido en sede judicial. En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación casó por la doctrina de arbitrariedad de sentencia del Supremo Tribunal de la provincia de Salta que rechazó el amparo promovido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi con el objeto de que se declarara la nulidad de dos actos administrativos emitidos por la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable que autorizaba la deforestación indiscriminada de territorios de la Comunidad. La Suprema Corte consideró que la elección del amparo, como remedio judicial expeditivo, se sustentó en la existencia y el eventual agravamiento de los daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la administración, consistente, entre otros, con la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como: la pérdida de especies, cambios climáticos y desertización y afectación de áreas colindantes donde también viven algunos de los miembros de la comunidad, se encuentra un pozo de agua que la abastece, la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes. La Corte consideró que a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, bastaba con examinar si la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional (cf. “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, 11 de julio de 2002).

También el Tribunal Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy, en el fallo antes citado (cf. nota 33) estableció que correspondía dar “cumplimiento con lo dispuesto en el art. 15 ap. 2 del Convenio N° 169 OIT incorporado a nuestra legislación vigente, dando obligatoria participación en todas

las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes referidas a trámites sobre territorios que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, en particular las que se tramiten por ante el Juzgado Administrativo de Minas”.

7. Algunos desafíos

Los avances en la aplicación de los derechos constitucionalmente reconocidos que hemos visto se dan en temas que estructuran los campos primarios para construir el desarrollo político necesario: (a) el sujeto de derecho –las comunidades y todas las organizaciones, cualesquiera sean las formas que puedan darse para una legítima gestión de sus derechos–; (b) la posesión comunitaria de las tierras, como justo título para el dominio y su intransmisibilidad. A los que cabe agregar las recientes políticas, ya mencionadas de constitución del Consejo de Participación Indígena y Ley N° 26.610. Una medida que contribuiría a esta necesaria construcción es la jerarquización constitucional del Convenio N° 169 de la OIT, de manera que integre el derecho internacional de los derechos humanos.

Los pueblos indígenas, a su vez, han hecho importantes avances sobre la brecha abierta: el número de pueblos que van develando su identidad es cada vez mayor, también las comunidades que solicitan su registro y las organizaciones territoriales y sectoriales que se van generando, los logros en temas vinculados con la propiedad comunitaria de la tierra y con el manejo en aras de un desarrollo con identidad.

¿Qué podemos analizar desde este marco jurídico y estas prácticas?

Por una parte, la diversidad étnica y cultural del estado argentino, oculta durante más de un siglo, tiene hoy manifestación sociológica, normativa y política, con los límites y matices que la heterogénea institucionalización del estado federal aún sostiene. Heterogeneidad que se replica al interior de los pueblos y no es menor entre ellos.

Por otra, la necesidad de plasmar un sistema jurídico que asuma los diferentes derechos consuetudinarios a fin de posibilitar el avance político de los pueblos indígenas.

Esto nos conduce a una serie de temas o planteos que es necesario establecer como supuestos a despejar: (a) la competencia y jurisdicción del gobierno nacional y el alcance de la concurrencia de las provincias para definir el concepto y los alcances del *status* de los pueblos indígenas; (b) la obligación del estado de posibilitar la organización y representación política de los pueblos en el

ámbito provincial y en el de los mismos pueblos; atento a las diferentes configuraciones que ha tomado la relación en cada provincia.

Un tema enmarca las posibles soluciones y tiene que ver con la demanda de los pueblos indígenas al estado argentino. La demanda está centrada en el *reconocimiento de su carácter de pueblos* con todo el alcance que en el orden interno ello implica en cuanto a la gestión autónoma de sus intereses y desarrollo, en el marco del respeto a la Constitución Nacional. Es decir, el reconocimiento de derechos políticos colectivos; concretamente, el *derecho de autodeterminación entendido como autonomía funcional y territorial en el marco del estado*.

En efecto, los pueblos indígenas, según numerosas afirmaciones vertidas en estas dos últimas décadas, consideran que el derecho de autodeterminación se expresa en una *autonomía funcional y territorial en el marco del estado*. Es decir, no es necesario constituirse en estado independiente para asumir la responsabilidad y hacerse cargo colectivamente de los intereses propios; no buscan ni demandan fragmentar o seccionarse del estado, sino repensar los valores e instituciones que lo constituyen –nación, pueblo, etnia, autodeterminación, soberanía– y encontrar los términos jurídico-políticos e institucionales para una nueva relación.

Así lo establece el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas según surge del juego de los artículos 3 y 31. En efecto, en el art. 3 se define el derecho de libre determinación en los mismos términos que el artículo 1 de los Pactos Internacionales, a saber: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Y define la forma de su ejercicio como autonomía interna, territorial y funcional, en el marco del estado, en el artículo 31: “Los pueblos indígenas como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno, en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente, así como los medios de financiar estas funciones autónomas”.

En nuestro país la Coordinadora de Organizaciones Mapuche (1996), en sintonía con este concepto, ha afirmado:

Concebimos que la autonomía y el gobierno propio dentro del estado es una de las formas de la libre determinación para los Pueblos Originarios.

No amenaza la integridad territorial de estado y, ciertamente, puede afirmarse que estas reglas o transformaciones sirven para fortalecer la unidad de la sociedad argentina. La autonomía y el gobierno propio deben considerarse, por lo tanto, como elementos que contribuyen a un funcionamiento democrático real.

En conclusión, los derechos constitucionalmente reconocidos a los pueblos indígenas generan hoy, en el seno de nuestra sociedad, un tiempo de intensa y profunda reflexión político-jurídica que requiere la plena participación y el diálogo intercultural con los pueblos y sus comunidades.

Es una obligación de justicia porque, como afirma Zaffaroni: “La verdadera Independencia del continente americano no puede completarse hasta que el orden jurídico que surge de ella no repare el genocidio colonizador, en la medida que esto sea posible. El desconocimiento de los derechos de los pueblos originarios importa una negación de la Independencia, pues el orden jurídico que así proceda no hace más que proclamarse mero sucesor de orden colonialista. Solo reconociendo esos derechos y reparando lo reparable, nuestro orden jurídico se declara independiente y elimina el genocidio como aberrante base de su legitimidad. Lejos de constituir una fragmentación de nuestra soberanía importará su confirmación” (Zaffaroni, 2006: 7).

Referencias bibliográficas

- Altabe, R., J. Braunstein, y J. González (1995): “Derechos Indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”, *El Derecho*, vol. 164, Buenos Aires.
- Alterini, J. H., P. M. Corna y G. A. Vázquez (2005): *Propiedad Indígena*, Buenos Aires, Librería Histórica.
- Anaya, J. S. (1992): “Indígenas y ley internacional”, *América Indígena*.
- Badeni, G. (1994): *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- Bazán, V. (2000b): “La cláusula constitucional sobre derechos indígenas, la diversidad cultural y la relación Derecho Penal estatal y Derecho consuetudinario aborígen”, *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, vol. IV, n.º 2.

- (2004): “Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional”, *El Derecho*, serie especial “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, 20 de abril.
- Becerra, N. (1996): *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina.
- Beckett, J.: (ed.) (1988): *Past and Present. The Construction of Aboriginality*, Canberra, Aboriginal Studies Press.
- Bidart Campos, G. (1996a): *Informe al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, mimeo.
- (1996b): “Los derechos de los pueblos indígenas argentinos”, *El Derecho*, 1996-B.
- (1996c): *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.
- (1997a): *Dictamen a solicitud de la Comunidad Mapuche Vera*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, mimeo.
- (1997b): *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar.
- (2000): *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar; Edición ampliada y actualizada 1999-2000, T. I-A y I-B.
- (2001): “La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿qué nos aporta la ciencia política para el Derecho Constitucional?”, *La Ley*.
- (2002): *Dictamen a solicitud de la Confederación Mapuche Neuquina*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- (2004): *Proyecto de norma sustitutiva de la que refiere a la suspensión de desalojos*, a solicitud de la Comisión de Población y Recursos Humanos de la H. Cámara de Diputados, *M.i.*
- Botto, S. (1991): *Tratamiento de la cuestión indígena*, Buenos Aires, Dirección de Información Parlamentaria, Honorable Cámara de Diputados.
- Bourdieu, P. y L. Wacquant (1995): *Respuestas. Por una antropología reflexiva*, México, Grijalbo.
- Briones, C. (1998): *La alteridad del cuarto mundo, una reconstrucción antropológica de la diferencia*, Buenos Aires, Del Sol.
- Cancado Trindade, A. (1996): “Prólogo”, en AA.VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derecho Humanos – Comisión de la Unión Europea.
- (1997): “Prólogo”, en M. Pinto, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires,

Editores del Puerto.

- Canet, V. (2005): "Institucionalización de las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas en Argentina. Aportes de la doctrina", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* 28/9/2005; *Jurisprudencia Argentina* 2005-III-1441, *Lexis* N° 0003/012195.
- Carrasco, M. (2003): "Las tierras en el reclamo de los pueblos indígenas y sectores campesinos", en Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2002-2003*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (2005): *Agenda Indígena Amazónica. Volviendo a la Maloca*, Quito.
- Coordinadora de Organizaciones Mapuche (1996): "Autonomía y Pueblos Originarios", *Primer Seminario Regional "El Derecho Internacional y los Pueblos Originarios"*, Neuquén, mimeo.
- Ekmekdjian, M. (1997): *Manual de la constitución Argentina*, t. IV, Buenos Aires, Depalma.
- Fernández Sessarego, C. (1992): *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea.
- Frites, E. (2001): *El derecho indígena consuetudinario y positivo argentino*. <www.itpcentre.org/legislation/english/paper_ar.htm>.org/legislation/english/paper_ar.htm
- Gelli, M. A. (2001): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley.
- Golluscio, L. (2002): *Los pueblos indígenas que viven en Argentina, Proyecto de desarrollo de pequeños productores agropecuarios (PROINDER)*, Buenos Aires, Ministerio de la Producción Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, Dirección de Desarrollo Agropecuario.
- Highton, E. I. (1994): "El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2001): *Censo Nacional de Población, Vivienda y Hogares*.
- Levaggi, A. (coord.) (1990): *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino.
- Levaggi, A. (1998): "Los tratados con los indios en la Argentina", *Seminario Derecho Indígena Comparado*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- (2000): *Paz en las fronteras*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino.

- Mac Kay, F. (2001): *Guía sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, diciembre de 2001.
- (2004): *El derecho de los Pueblos Indígenas al consentimiento libre, previo e informado y la revisión de las industrias extractivas del Banco Mundial*, Forest Peoples Programme.
- Martinez Cobo, J. (1986): *Estudio del problema de la discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas, Doc. ONU E/CN.4/Sub2/1986/7/Add.4, párr.379.
- Picolotti, R. (s.f.): *Amicus Curiae en el caso "Comunidad Indígena Awas Tingni del Pueblo Mayagno Sumo vs. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Pinto, M. (1997): *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Quiroga Lavié, H. (1997): "Dictamen: Situación jurídico institucional planteada por la Ordenanza 115/87 y su compatibilidad normativa con el inciso 17 del Art. 75 de la Constitución Nacional", Concejo Deliberante de San Martín de los Andes, mimeo.
- (2004): "Dictamen a la Comisión de Población y Recursos Humanos de la H. Cámara de Diputados de la Nación", 24 de agosto de 2004, mimeo.
- Rodríguez Dutch, D. (2005): "El derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales", ponencia presentada en el *Seminario Nacional de Operadores de Justicia "Derecho de los Pueblos Indígenas"*, Buenos Aires, Secretaria de Derechos Humanos de la Nación, mimeo.
- Salgado, J. M. (2006): *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas (Comentado y anotado)*, General Roca, Universidad Nacional del Comahue.
- Segovia, G. y Segovia, J. F. (1997): "La protección de los Indígenas". *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Dr. Pérez Gilhou, Depalma.
- Viñas, D. (1928): *Indios, ejército y fronteras*, Buenos Aires, Santiago Aros.
- Zaffaroni, R. (1999): *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar.
- (2006): "Prólogo", en J. M. Salgado, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas (Comentado y anotado)*, General Roca, Universidad Nacional del Comahue.