

Institucionalización de las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas en la Argentina

Aportes a la doctrina

Maestro es aquel que permite que el discípulo se suba sobre sus hombros para saltar más lejos.

A. PICCOLI (artista plástico)

I. OBJETIVO

En el presente trabajo quisiera destacar el rol jugado por la doctrina jurídica en orden a la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en la Argentina, reconocidos por la reciente reforma constitucional en el transcurso de estos últimos diez años.

Me mueve un doble interés: por un lado, denotar cómo el compromiso de los juristas contribuye a la voluntad política, si existe, de aplicar los derechos normativamente reconocidos. Por otro, honrar la memoria de uno de los mejores defensores que en estos últimos años, a pesar de su comprensión tardía, como él mismo confesaba¹, han tenido estos pueblos. Imposible reemplazar la legitimidad que su exquisito conocimiento del sistema jurídico y su integridad personal brindaban a cuanto aporte fue realizando a lo largo de estos

años. Me refiero al Dr. GERMÁN BIDART CAMPOS.

Aportes que, como me consta, en algunos casos fueron motivados por ese compromiso que sentía con una justicia que llegaba tarde a un problema que nos afectaba como Estado y como sociedad. El último de ellos, como veremos, tiene fecha del 31 de agosto de 2004 y se vincula al problema de los desalojos de las tierras en posesión de las comunidades.

Los aportes de la doctrina en los que centro mi exposición se vinculan con la organización de las comunidades y de los pueblos y con la propiedad de las tierras².

El trabajo consta de una introducción, en la que explico el concepto de práctica y algunos supuestos, y de tres partes: en la primera sintetizo la situación previa a la reforma constitucional, a fin de construir el escenario de los problemas; en la segunda analizo los aportes de la doctrina y sus consecuencias en el desarrollo de las prácticas de las comunidades y de los pueblos indígenas; y en la tercera enuncio algunos desafíos que generan el nuevo marco jurídico y la demanda formulada por los pueblos indígenas.

II. UN CONCEPTO Y DOS SUPUESTOS

A. EL CONCEPTO DE PRÁCTICAS

Cuando hablo de las prácticas³ me refiero a las estrategias desarrolladas por los pueblos indígenas en defensa de intereses ligados al lugar que ocupan en un “campo determinado” la sociedad y el Estado⁴, en problemas como la organización comunitaria, la posesión y propiedad de sus tierras, sus recursos naturales y conocimientos tradicionales, la participación en los temas que afectan sus intereses, la calidad de vida, la educación bilingüe e intercultural; la medicina tradicional y el desarrollo con identidad, entre otros.

En estas prácticas se ha operado un importante cambio: 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.

Un ejemplo es el ingreso del tema indígena en la agenda de la reforma constitucional, así como el consenso alcanzado en la redacción de la propuesta que culmina, como se sabe, en la aprobación del inciso 17 del artículo 75 por unanimidad y aclamación.

B. DOS SUPUESTOS

Los supuestos sobre los que baso mi trabajo son: i) Una interpretación garantista del ordenamiento jurídico que concibe a los derechos fundamentales como la base de ese complejo fenómeno y a la Carta constitucional como un pacto político, social y económico que “... presenta a las garantías como un elemento inescindible para su correcta conceptualización. Así

sostengo –afirma FERREYRA– que la Constitución del Estado democrático de derecho vale o valdrá lo que valen o valdrán sus garantías”. Garantías definidas en “términos genéricos como el instrumento idóneo para posibilitar y/o definir las pretensiones de vigencia de las disposiciones de la Ley Fundamental”⁵.

ii) La redefinición del Estado liberal en razón de la transformación operada con relación al modelo de Estado de derecho en virtud del reconocimiento de su carácter pluriétnico y multicultural. En efecto: “... el reconocimiento de la preexistencia de pueblos indígenas, con estatutos legales propios y diferenciados en razón de la etnia y la cultura pone en cuestión la existencia y pervivencia de un único Estado Nacional. Quizás por ello y pese a la historia de injusticia que vivieron los pueblos indígenas impulsaron en la Constituyente de 1994 y aceptaron de ella el reconocimiento de su identidad como pueblos indígenas argentinos [destacado por la autora], sin renunciar a esa otra identidad consagrada en la Constitución histórica. Así pues, la fórmula quiso ser una síntesis de inclusión nacional, resguardo de la propia identidad originaria, consagración de la pluralidad cultural y mantenimiento de un único Estado”⁶.

Volveré sobre este concepto en el acápite final.

III. LA SITUACIÓN AL MOMENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

A. LA ARGENTINA, UNA SOCIEDAD HOMOGÉNEA

Hasta la reforma constitucional, la Argentina se caracterizaba como una sociedad homogénea étnica y culturalmente, apartada del conjunto de estados de ma-

triz iberolusitana condicionados de distintas formas por su diversidad étnica⁷. El reconocimiento constitucional de la “preexistencia étnica y cultural” de los pueblos indígenas en la Argentina significó una ruptura “epistemológica”⁸, es decir, un cambio en el acercamiento al conocimiento de la realidad sociojurídica e institucional que en su pluralidad se ha legitimado normativamente.

Hoy es difícil soslayar la presencia de los pueblos originarios en la trama del Estado argentino, porque son sus raíces, porque la relación con ellos implica un desafío para enhebrar nuevas urdimbres, porque existe el serio peligro de que se genere un “vacío” otra vez en la historia que nos impida dar sentido a nuestra identidad de Estado en el marco de las relaciones globales. Me permito señalar esta presencia porque entiendo que conforma el escenario de la agenda político-jurídica y cultural. Sin mencionar que se trata de una cuestión de estricta justicia.

Recordemos que en el Estado argentino viven actualmente más de veintiún pueblos indígenas⁹, trece de los cuales conservan su lengua¹⁰, habitan en diecisiete provincias, representan entre un 5 % y 10 % de la población total del país, se organizan en comunidades rurales, en tierras y territorios a los que fueron confinados después de las guerras y genocidios con los que terminó de institucionalizarse el modelo liberal del Estado de derecho, guerras que llegaron hasta bien avanzado el siglo xx (la última librada en Napalpí, Chaco, en 1935). Y también en las periferias de las grandes ciudades: Buenos Aires, Tucumán, Rosario, Neuquén, Resistencia, Jujuy y Salta, entre las principales. La información muestra la coincidencia entre estas regiones y aquellas que tienen los grados más altos de pobreza. Todos los pueblos han

entrado en contacto con el Estado; en los últimos treinta años, con excepción del lapso de la dictadura militar, su presencia ha sido cada vez más significativa y su situación actual debe interpretarse en el contexto de las relaciones hegemónicas más amplias que se dan en los ámbitos regional, nacional e internacional.

B. UN DESARROLLO NORMATIVO DE “GÉNESIS INVERSA”

El proceso de gestación del marco legal de reconocimiento de los derechos indígenas en la Argentina ha sido bien definido como un proceso de “génesis inversa”¹¹. En efecto, las primeras leyes que se ocupan del tema son provinciales.

La primera, sancionada por la provincia de Formosa (Ley 426/1984 [LA 1984B 1593]), tiene especial influencia en la promulgación de otras leyes en provincias en las que; la problemática de la denominada “población indígena” siempre fue trascendente, por cuanto representaba y representan un alto porcentaje de sus pobladores y hubo un acompañamiento de organizaciones privadas y confesionales (entre ellas, las iglesias católica y protestantes) que permitieron significativos avances. Entre otros pueden enumerarse: 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 y el derecho a la educación bilingüe e intercultural. Y en algunas provincias la representación en el organismo competente del Estado provincial (cfr. acápite IV.d).

Con la Ley Nacional sobre Políticas Indígenas y Apoyo a las Comunidades Aborígenes 23302 (1985 [LA 1985B1141]) reglamentada tres años después por el de-

creto 155/1989 (LA 1989A99), estos derechos se reconocen por primera vez en el ámbito nacional. La ley tuvo escasa aplicación, por cuanto en el mundo jurídicopolítico y social nacional los pueblos indígenas adolecían de poca o ninguna consideración, carecían de la autoridad competente, en algunas provincias se seguía desconociendo a sus comunidades indígenas¹² y se forzaba la educación sobre la base de una única cultura hegemónica y homogeneizadora.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REFORMA, APORTES DE LA DOCTRINA, IMPACTO EN LAS PRÁCTICAS

A. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Promulgada la Constitución Nacional (LA 1995-A-26), algunos juristas plantearon que los derechos establecidos en el artículo 75 inciso 17 violaban el derecho a la igualdad establecido en el artículo 16¹³, ya que consagran prerrogativas de sangre y de nacimiento de las que no goza ningún otro argentino; hacen pasar por derecho lo que son privilegios y establecen una situación estática de desigualdad/igualdad sin movilidad social posible, por cuanto el acceso al derecho es una condición diferenciadora que proviene de la pertenencia a una raza.

BIDART CAMPOS¹⁴ asumió la defensa argumentando que el derecho a la igualdad tiene un “contenido real, histórico, sucesivo y progresivo”, en cuanto derecho personal, y no se trata por tanto de una igualdad formal, sino de una “igualdad real de oportunidades y de trato (ahora consignada en la letra de la Constitución reformada, en el inc. 23 art. 75)” que “exige tratar de modo igual a quienes se hallan en igual-

dad de situación y de manera diferente a quienes se hallan en situación también distinta” (según doctrina de la Corte Suprema citada en n. 14, p. 1206).

Además, los avances de la doctrina privatista en el constitucionalismo explican que en los derechos personalísimos confluyen el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia como dos aspectos del derecho a la igualdad. En efecto, ambos derechos se correlacionan en cuanto implican que se respete y resguarde lo que hay de distinto en su “mismidad”. Lleva al límite el argumento y se pregunta si, por ejemplo: “Quienes nacen en un hogar acaudalado ¿deben su patrimonio a un privilegio de nacimiento del que carecen quienes nacen en una familia pobre, muy pobre o miserable? ¿Hay tanta diferencia, entre ser indígena porque se nace en una comunidad indígena y ser rico o ser pobre, tener o no tener propiedad según el origen familiar? Si siguiéramos hurgando, hasta podríamos pensar que quien nace discapacitado o congénitamente enfermo no habría de recibir un trato especial y distinto al de los demás porque de deparárselo se le estaría otorgando un privilegio por causa de su nacimiento en vez de estar concediéndole un derecho en razón de su situación específica y diferenciada”.

B. REGLAMENTACIÓN VS. OPERATIVIDAD

Un segundo planteamiento por superar se relacionó con la operatividad, es decir, la obligación o no de su aplicación, aun sin ley que la reglamentase. 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, por lo cual

requiere un desarrollo legislativo; pero por la índole de los derechos que trata, integra la parte dogmática, esto es, de las “declaraciones, derechos y garantías”.

En un primer momento, para avanzar en el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos constitucionalmente, fue necesario dilucidar si era requisito para su aplicación el dictado de la ley que reglamentase su ejercicio, o si el solo reconocimiento constitucional obligaba a las autoridades de los poderes 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 de la 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 reconocimiento 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”¹⁵.

La hermenéutica garantista se estructura en torno al concepto de contenido esencial del derecho y se caracteriza por: i) un mínimo de operatividad que garantiza su aplicabilidad, aun a falta de reglamentación; ii) el principio de razonabilidad, que prohíbe “alterar los derechos y garantías en las leyes que reglamentan su ejercicio, o con interpretaciones judiciales amplias y vinculantes” (cfr. ob. cit., en n. 14, p. 735).

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 (Ibíd., p. 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 (Ibíd., p. 731).

1. Registro de personería jurídica

a) Problema

Si el artículo constitucional era de aplicación obligatoria, muchos eran los temas a afrontar¹⁶. En orden a las necesidades inmediatas de las comunidades, el problema de la personería jurídica era el primero, porque se vincula a la regularización de la titularidad del dominio de las tierras y a la autonomía en la toma de decisiones. No era una cuestión abstracta. Desde la sanción de las leyes provinciales (cfr. acápite III) 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 que han registrado su personería por las normas del derecho civil (asociaciones civiles). Es una personería formal, sujeta a la presentación anual de documentación muy costosa y ajena a la forma de vida de las comunidades: asamblea y balance anuales, renovación periódica de autoridades,

que carece de vigencia por no estar actualizada. Pero además la renovación de autoridades, exigida por estatuto (en virtud del sistema representativo), se presta a conflictos en el interior de la comunidad, manejos clientelísticos, rupturas internas.

El estatus jurídico de las comunidades se vincula, como dije, a la propiedad de la tierra, por cuanto constituye el sujeto jurídico no personal que garantiza, o no, en el tiempo la continuidad en el uso y goce de los derechos. Muchos títulos fueron entregados a nombre del cacique o en épocas más recientes de la comunidad, con la personería jurídica ya mencionada. Ambas situaciones no garantizaban de por sí la continuidad en el derecho, de acuerdo con la legislación vigente. La primera, porque se exigió hasta hace muy poco la apertura de la sucesión del titular, es decir, el cacique, negando que su titularidad tuviera carácter representativo de la comunidad; la segunda, por las razones que hemos visto en el párrafo anterior.

b) Solución. Resolución SDS. 4811/1996

En el dictamen citado, BIDART CAMPOS manifestaba con relación a las personerías jurídicas ya “otorgadas” la necesidad de “acomodar las formas asociativas a la idiosincrasia de las culturas aborígenes”: “En este sentido, considero 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”.

Asimismo consideró que el proyecto de resolución que luego deviniera en la resolución SDS. 4811 “satisface en lo esencial,

el mínimo de requisitos aconsejables”. La resolución 4811 modificó sustancialmente el tratamiento jurídico: dejó de ser un acto constitutivo para serlo meramente declarativo. Ello, porque, con fundamento en la preexistencia al Estado, la personería no se otorga sino que se reconoce; luego, se registra con sus propias formas de organización y de gobierno. La resolución recepciona como criterio fundamental la autodefinición o autoadscripción, es decir, la conciencia de la identidad indígena y el reconocimiento por la comunidad (cfr. Convenio 169, art. 1.2).

A los fines del registro, la comunidad debe presentar una breve reseña que acredite el 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 parentesco 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 de munir de elementos a las comunidades que impidan la intromisión de terceros ante eventuales conflictos (ejemplos son los derechos patrimoniales que entrañan la pertenencia o la representación y las competencias de sus autoridades).

La resolución fue aceptada por los representantes indígenas participantes en el Encuentro Nacional del Programa de Participación de los Pueblos Indígenas (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”¹⁷.

En orden a la concurrencia de las provincias la resolución plantea 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”. 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 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.

Un caso especial lo constituye el convenio con la provincia del Neuquén, por cuanto no fue ratificado por la Legislatura provincial, notificando la provincia al INAI la inoperatividad del mismo en abril de 2002. La denuncia del convenio ha provocado conflictos que se sustancian actualmente en la justicia en dos causas distintas que giran en torno al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades y la concurrencia prevista en el artículo constitucional: una, el recurso de reconsideración iniciado por el gobierno de la provincia del Neuquén contra el INAI por la resolución mediante la cual registró la personería jurídica de una comunidad mapuche; y la otra, por la Confederación Mapuche Neuquina contra el gobierno de la provincia por inconstitucionalidad del decreto provincial que reglamenta la Ley nacional 23302¹⁸.

Las causas se fundan en los siguientes hechos: El primero: no vigente el convenio con la provincia de Neuquén, el INAI registró la personería jurídica de seis comunidades indígenas que desde hacía más de un año habían presentado la documentación correspondiente, y lo hizo en razón de considerar que “la omisión o retardo injustifi-

cado en despachar las solicitudes de inscripción presentadas por las comunidades traería aparejada mora por parte de la Administración nacional, dando lugar a los recursos y acciones judiciales previstos”. La provincia solicitó la reconsideración de la resolución del INAI y no reconoce a estas comunidades su personería (la causa aún se tramita).

El segundo hecho se produce cuando la provincia, mediante el decreto provincial 1184/2002, reglamenta los artículos 1.º al 4.º de la Ley nacional 23302, entiendo que violando los derechos reconocidos constitucionalmente, por varias razones: i) un decreto provincial no puede reglamentar una ley nacional ya reglamentada por el ejecutivo nacional, dado que es una facultad exclusiva (cfr. arts. 99 inc. 2.º y 126 CN); ii) la concurrencia de las provincias no habilita al gobernador a sustituir la reglamentación dictada por el poder ejecutivo, y esta situación solo es posible si, por circunstancias especiales o diferentes, se otorgan a los pueblos y comunidades que habitan en esa provincia mejores derechos que los establecidos por la Constitución; iii) el decreto provincial, por el contrario, establece requisitos que desnaturalizan el criterio subjetivo de reconocimiento; y iv) desconoce los actos del gobierno nacional realizados en ejercicio de sus atribuciones cuando dice que somete a las comunidades que hayan obtenido su inscripción en el RENACI al cumplimiento de los requisitos impuestos por el decreto provincial¹⁹.

2. *Las tierras*

a) Problema

El problema de las tierras tiene múltiples aspectos que van desde el respeto al derecho consuetudinario en el modo de poseer²⁰, pasando por todas las formas de

despojo (desalojos, ocupaciones, ventas ilegales, “alambrados que caminan de noche”, regularización sin participación de las comunidades o con marcos jurídicos que no respetan ese derecho), hasta la entrega de otras aptas y suficientes²¹. Un porcentaje significativo de las tierras en las que habitan las comunidades carece de título de propiedad. Innecesario sería subrayar la gravedad del problema si además agregamos la fuerte concentración de tierras que se ha operado desde la última dictadura militar²². Luego, es imprescindible una clara y eficaz política de tierras que contemple también la entrega de otras aptas y suficientes.

Las primeras acciones realizadas en este orden fueron la ejecución de la Ley de Expropiación de Finca Santiago, la compra de las tierras en las que habita la comunidad Huisca Antieco (desalojada en virtud de sentencia judicial) y la puesta en marcha de programas de regularización de dominio en las condiciones previstas por la Constitución.

b) Soluciones: títulos comunitarios, aplicación del derecho consuetudinario en el derecho de posesión y hereditario, intransmisibilidad de la posesión

i) Títulos comunitarios

La regularización de la posesión es un derecho cuyo titular es la comunidad, por tanto el principio rector de cualquier acto del gobierno es garantizar la participación de toda la comunidad en la decisión sobre la forma en la que quiere recibir las tierras (familiar o comunitaria). Participar, ser parte, supone que la decisión es fruto de un proceso realizado por toda la comunidad, que en su forma respete los estilos de vida de cada pueblo y se plasme en un acta que

deje constancia de las decisiones.

La Constitución reconoce a las comunidades el derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras. La doctrina discute si la única forma admitida por el sistema jurídico es la propiedad comunitaria: algunos se pronuncian afirmativamente²³, en tanto que otros doctrinarios entienden que puede ser comunitaria o familiar, porque lo importante es respetar la forma tradicional de uso: “Posesión y propiedad comunitarias quiere decir, por el calificativo, que esas tierras podrán ser tanto de la persona jurídica que se reconoce en cada sociedad aborígen determinada, cuanto distribuidas y coparticipadas en la forma y con el alcance que el Congreso establezca o todavía mejor, de acuerdo con lo que el estatuto asociativo y organizativo de la persona jurídica colectiva prevea, sin impedimento alguno a mixturas con la propiedad individual”²⁴.

Los representantes de los pueblos y sus dirigentes bregan por una propiedad solo comunitaria, pero en la práctica se ha hecho restitución no solamente en forma familiar, sino también bajo la forma del derecho civil, o en las condiciones previstas por las leyes provinciales, aun después de reformada la Constitución. Es este un tema que requiere una regulación nacional que fije las políticas básicas, por cuanto en muchos casos, al quedar bajo la órbita provincial, la decisión se presta a manejos políticos, en el sentido de que si bien el derecho de decidir la forma reside en la comunidad, tenga o no registrada su personería jurídica, la falta de mecanismos de participación adecuados puede llevar a la toma de decisiones por ignorancia o necesidad. En los casos en que se reciba el título en forma familiar se deben resguardar los espacios tradicionales usados comunitariamente.

La Constitución establece importantes restricciones al dominio de las tierras de las

comunidades: son inembargables, inenajenables e imprescriptibles. Estas limitaciones han sido criticadas por discriminatorias con relación al resto de la población, que tiene libre disponibilidad de sus bienes, y por constituir limitaciones para el desarrollo socioeconómico de la comunidad, en cuanto no puede usarlas como garantía. 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. Es lo que el derecho denomina *discriminación inversa o positiva*, es decir, 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 han solicitado mantener estas restricciones.

Recientemente 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 FRANCISCO VERA y ordenando al Consejo Agrario provincial se abstenga de aplicar las resoluciones y disposiciones administrativas declaradas inconstitucionales” (cfr. *Paisman Vera, Francisco v. Consejo Agrario provincial*)²⁵.

Entre los resultados de la aplicación de estos principios se pueden enumerar: 1) el cumplimiento de las leyes de expropiación de las tierras en posesión de las Comunidades del Pueblo Kolla de Finca Santiago, del Pueblo Kolla Tinkunaku y del Pueblo Kolla

de Finca Tumbaya; 2) los registros de títulos de propiedad comunitaria en las condiciones previstas por la Constitución Nacional; 3) la ejecución de programas de regularización dominial actualmente en trámite por más de dos millones de hectáreas²⁶, todas en posesión de las comunidades con una metodología participativa: se trata de tierras de propiedad (formal) del Estado Nacional o de los estados provinciales.

Además, el registro de la personería jurídica y la propiedad comunitaria de las tierras permitió, como anticipé, comenzar a ejercer otros derechos por cumplirse los supuestos procesales exigidos por algunas autoridades y jueces: legitimación activa y títulos para avanzar en el reclamo por el uso y la explotación de sus recursos naturales. Entre otros casos, cabe mencionar el reclamo judicial de las comunidades mapuche Kaxipayin y Paynemil contra Repsol y la denuncia contra el gobierno de la provincia del Neuquén frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) por los daños ocasionados con la explotación del petróleo en su territorio y la renovación de la concesión a la empresa sin su participación; el acuerdo de la comunidad Kaxipayin con el Grupo Mega (1999), los acuerdos de las comunidades kollas de la provincia de Jujuy con la empresa que realizó el gasoducto Atacama (1998); y de la comunidad del pueblo Kolla Tinkunaku con la empresa Techint por el paso del gasoducto Nor-Andino sobre sus tierras (1998).

ii) *Aplicación del derecho consuetudinario en el derecho de posesión y hereditario*

El reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria, en el marco de su derecho consuetudinario, tiene importan-

tes consecuencias con relación a los criterios que deben aplicarse en aquellos casos en los cuales la titularidad del dominio figura en cabeza del jefe de la comunidad.

El *leading case* lo constituyó la sucesión de CARLOS VERA y 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. Las tierras en cuestión estaban bajo la titularidad del municipio. En oportunidad de decidir el Concejo Deliberante de esa ciudad la regularización de las tierras, 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 CAMPOS²⁷ dictaminó que la acepción descendiente se debe: “Entender referida a cuantas personas derivadas de ese tronco histórico conviven y comparten las tierras que se hallan en discusión. Digo esto porque 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”.

El dictamen es concordante con el efectuado por QUIROGA LAVIÉ²⁸, quien al referirse a las pretensiones de los “sucesores de CARLOS VERA” que no ocupan la tierra afirmó: “... no pueden ser considerados con derecho a la propiedad privada, por cuanto el título o derecho se funda en la ‘pose-

sión 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’. Lo que importa es la posesión efectiva”.

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 la posesión histórica y no en el parentesco como lo establece el derecho común, no siendo legal por tanto la apertura de sucesión²⁹.

iii) Intransmisibilidad de la posesión

Las diversas luchas para frenar el despojo de las tierras que poseen son de público conocimiento: las once comunidades huarpes de Huanacache, Lavalle, Mendoza³⁰; las comunidades pilagá Campo del Cielo y Nelagady (El Descanso), Formosa³¹; la comunidad ava guaraní Río Blanco, Orán, Salta³²; las familias mapuche en Chubut³³, entre los más conocidos.

Recientemente (29 de septiembre de 2004), la Comisión de Población de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación ha aprobado un anteproyecto de Ley de Emergencia de la Propiedad Comunitaria Indígena por el cual se suspende “el trámite de ejecución de sentencias de desalojos dictadas en los procesos judiciales que tengan por objeto principal o accesorio la desocupación y/o desalojos de las tierras” de propiedad o posesión de las comunidades indígenas; por razones de brevedad no me detendré en el análisis del anteproyecto. SÍ, porque hace al tema que estamos considerando, en el dictamen que a requerimiento hiciera BIDART CAMPOS, que se limitó a proponer como artículo 1.º del anteproyecto el siguiente texto:

“La cláusula del inciso 17 del artículo 75 CN, 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”.

Me interesa destacar el fundamento de la propuesta, porque confirma la legalidad y legitimidad del título cuando se trata de tierras en las que habitan las comunidades indígenas, que es la posesión, tal como lo reconoce la Constitución, y en las condiciones que el mismo precepto constitucional establece. Luego, es de imposible cumplimiento el desalojo, por cuanto se trata de tierras que no pueden embargarse, ni transmitirse, ni venderse³⁴.

c) Organización y participación

1. Problema

La Ley 23302 previó la participación de los pueblos indígenas en su aplicación a través de su integración al INAI³⁵, al que le otorgó el estatus de Secretaría de Estado; en la práctica el INAI nunca tuvo esa jerarquía ni autonomía, ni tampoco se cumplió con la participación indígena. En la actualidad el INAI tiene competencia de organismo descentralizado, sin autonomía jurídica ni financiera, y funciona en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social (cfr. decreto 677/2000, art. 8.º), respecto de las políticas sociales, si bien está firme un fallo que ordena su puesta en marcha en las

condiciones establecidas por la ley³⁶.

En las provincias de Formosa, Chaco, Salta y Río Negro los pueblos presiden o tienen representación en el organismo competente en virtud de lo ordenado por las leyes correspondientes³⁷. Cabe señalar que estas representaciones no siempre tienen efectos positivos, fundamentalmente porque no respetan para la elección de los representantes las pautas culturales de organización de los pueblos y comunidades, se eligen por listas y no por comunidades; por voto y no por consenso, y son utilizadas como formas de clientelismo político. Se destaca como una nueva experiencia el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas (CODECI), que funciona en la provincia de Río Negro, porque los representantes indígenas son elegidos por el Parlamento del Pueblo Mapuche de Río Negro, integrado por delegados de las comunidades y asociaciones en las que se organiza el pueblo mapuche en esa jurisdicción.

Entiendo que esta experiencia se inscribe en las prácticas que vienen desarrollando los pueblos. En efecto, en la actualidad existen importantes organizaciones por pueblos o por provincia. Sin embargo, carecen del registro de su personería jurídica o lo tienen bajo las normas del derecho civil y, por tanto, de legitimación para gestionar políticamente los temas vinculados a sus intereses. Entre dichas organizaciones se pueden enumerar: el Consejo de los Pueblos de Jujuy, que representa a las 156 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; la Organización de Comunidades Aborígenes de Santa Fe, que representa a todas las comunidades de los pueblos toba y mocoví de esa provincia; la

Confederación Mapuche Neuquina, en la que se organizan las 50 comunidades rurales de la provincia, y la Coordinadora de Organizaciones Mapuche de Neuquén; la Asamblea del Consejo de Caciques del Pueblo Guaraní, que representa una parte importante de las 73 comunidades del pueblo mbyá guaraní de la provincia de Misiones; y el Parlamento del Pueblo Mapuche de Río Negro.

2. Solución: pluralismo asociativo indígena

En el año 2002 la Coordinadora de Organizaciones Mapuche (COM) consultó al Dr. BIDART CAMPOS acerca de su derecho a ser registrada en el RENACI. La cuestión que planteaba y que aún no está resuelta está relacionada con el crecimiento del pueblo mapuche en la provincia del 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 Chas Malla) y han creado la COM (1991) como instancia que reúne la Confederación Mapuche Neuquina, la Asociación Mapuche Newen Mapu (personería jurídica 1751/87) y el Centro de Educación Norgvylamtuleayíñ (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 con diversos organismos, entre ellos las Naciones Unidas.

La respuesta positiva del maestro BIDART CAMPOS se encuadra en lo que denominó “pluralismo asociativo indígena”, expresión que emplea para nombrar “la obligación del Estado de reconocer cualesquiera otras formas que las comunidades puedan darse en orden a su organización”³⁸. Manifiesta que “Cualquier agrupamiento, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo con el 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 registrar 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 por 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”.

Es una respuesta clara a un problema que se plantea diariamente a la hora de con-

templar el derecho a la participación en las decisiones que incumbe a las comunidades y los pueblos: la legitimidad o no de los representantes cuando se trata de organizaciones de segundo grado o que representan intereses sectoriales.

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 provinciales³⁹.

Ahora bien, nos 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 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 formas⁴⁰. 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 su ámbito. 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.

d) Reglamentación

Finalmente, sigue pendiente el problema del dictado de la ley que reglamente el texto constitucional. En efecto, son muchos los temas que requieren una mayor explicitación. El federalismo concertado

puede ser un camino para “encauzar la concurrencia competencial” a través de una ley federal que establezca “los presupuestos mínimos, y que las provincias adhirieran a ella con una legislación local complementaria”, como lo anota BIDART CAMPOS⁴¹.

Ahora bien, en la medida en que los pueblos y comunidades no den los pasos necesarios para su organización, toda reglamentación que pueda sancionarse habría de tener un cierto carácter “apriorístico”, por cuanto son muy diferentes las realidades de cada pueblo, y es difícil predecir su desarrollo, cuando aún no gozan de los más elementales derechos, que sí están explicitados.

Por otra parte, en orden a esa madurez organizativa, el poder y las comunidades cuentan con una serie de herramientas de las cuales se ha hecho escaso uso, entre las que se destaca el Convenio OIT 169.

Por ello, en lo que considero una técnica legislativa prudente y sobria, BIDART CAMPOS juzgó “de muy alto interés institucional” el proyecto de ley redactado por el diputado JORGE ARGÜELLO⁴² proponiendo la elevación del Convenio OIT 169 a la jerarquía de tratado internacional prevista por el artículo 75 inciso 22⁴³.

V. ALGUNOS DESAFÍOS Y SUPUESTOS

Considero que ha quedado demostrado el mérito de la doctrina en orden a la aplicación de los derechos constitucionalmente reconocidos y en temas que estructuran los campos primarios para construir un desarrollo mayor: 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 de las tierras, como justo título para el dominio y su

intransmisibilidad; c) la necesidad de impulsar la jerarquización constitucional del Convenio 169, de manera que integre el bloque de constitucionalidad federal y resulte, por su operatividad, la primera reglamentación del artículo 75 inciso 17.

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 van generando, los logros en temas vinculados con la propiedad de la tierra y con el manejo en aras de un desarrollo con identidad⁴⁴.

¿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 y que tiene hoy manifestación sociológica, normativa y política, con los límites y matices que la heterogénea institucionalización del Estado aún sostiene, heterogeneidad que se replica en el interior de los pueblos y que 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.

Todo lo cual nos conduce a una serie de temas o planteos que es necesario establecer como supuestos por 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 estatus 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 pueblos⁴⁵, 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. 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 afirma la Declaración de Quito (1990), conclusión del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios: “Ahora estamos plenamente conscientes de que nuestra liberación definitiva sólo puede expresarse como pleno ejercicio de nuestra autodeterminación, autodeterminación que adquiere una forma concreta: la autonomía [...] Implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el control y el manejo de todos los recursos naturales, del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo, la defensa y conservación de la naturaleza, el equilibrio del ecosistema y la conservación de la vida, además la consti-

tución democrática de nuestros propios gobiernos”⁴⁶.

En nuestro país la Coordinación de Organizaciones Mapuche⁴⁷, 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 del 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 políticojurídica que requiere la plena participación y el diálogo intercultural con los pueblos y sus comunidades. Es ambiciosa y sensata la propuesta, y, entiendo, debe ser prudente, laboriosa y generosa la respuesta.

VIVIANA CANET

Abogada

Universidad Nacional de Buenos Aires

Contribución presentada en el Seminario Judicial Patagónico sobre el Derecho de las Comunidades Originarias organizado por el Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia y la Defensoría General de la Nación, Viedma, Río Negro, 28 al 30 de octubre de 2004; mesa temática: “El derecho de las comunidades originarias en la legislación nacional y supranacional”.

Trabajo publicado previamente en *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 28 de septiembre de 2005; *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III-1441; y *Lexis*, n.º 3/012195.

1. GERMÁN BIDART CAMPOS. “La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿qué nos aporta la ciencia política para el derecho constitucional?”, *La Ley*, 1.º de junio de 2001.

2. Para los temas vinculados al derecho penal cfr. VÍCTOR BAZÁN. “Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional”, *El Derecho*, serie especial, Derecho Constitucional, 20 de abril de 2004, pp. 1 a 16.

3. Cfr. P. BOURDIEU y J. L. WAQUANT. *Respuestas. Por una antropología reflexiva*, México, Grijalbo, 1995, p. 68.

4. El campo es “una red o configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones se definen objetivamente en su existencia y en las determinaciones que imponen a sus ocupantes, ya sean agentes o instituciones, por su situación (*situs*) actual y potencial en la estructura de la distribución de las diferentes especies de poder (o de capital) cuya posesión implica el acceso a las ganancias específicas que están en juego dentro del campo, de paso, por sus relaciones objetivas con las demás posiciones (dominación, subordinación, homologación, etc.)” (Ibíd., p. 64).

5. RAÚL G. FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 12.

6. MARÍA A. GELLI. “Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada”, *La Ley* 2001-500.

7. Si bien son el 10 % de la población total del subcontinente latinoamericano (más de 800 pueblos, que hablan alrededor de mil lenguas), en los distintos Estados tienen diferente representación en el total de la población: entre el 40 % y el 70 % en Guatemala, Bolivia, Perú y Ecuador, y entre el 3 % y el 10 % en Argentina y Colombia.

8. Cfr. LILIANA TAMAGNO. “Y no han perdido su identidad. Indígenas toba en la ciudad, organización civil y organización religiosa”, ponencia en el Cuarto Congreso Chileno de Antropología, Universidad de Chile, 2001.

9. Los pueblos son: mapuche (Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Buenos Aires); ránkulche (La Pampa); wichi (Salta, Formosa y Chaco); chulupí (Salta); chorote (Formosa, Chaco y Salta); mocoví (Santa Fe y Chaco); toba (Salta, Formosa, Chaco, Buenos Aires y Santa Fe); pilagá (Salta y Formosa); chiriguano (Salta y Jujuy); chané (Salta); guaraní mbyá (Misiones); tupí guaraní (Salta y Jujuy); tapiete (Salta); kolla (Salta, Jujuy y Buenos Aires); diaguita-calchaquí (Tucumán, Salta, Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero); tehuelche (Chubut y Santa Cruz); huarpe (Mendoza y San Juan); selk’nam u ona (Tierra del Fuego); y tonocote (Santiago del Estero). El número es mayor por cuanto se denominan genéricamente

kollas a los pueblos de cultura andina, entre los cuales comienzan a reconocerse atacamas, ocoyas y omaguacas, además de los mismos kollas. Y por aquellos en proceso de develamiento de su identidad. En cuanto al número, se desconoce aún. Si bien el último censo nacional de población (2001) incluyó la pregunta sobre la condición de indígena (cumpliendo con la Ley 4956), aun antes de su realización el censo fue impugnado en forma conjunta por representantes de los pueblos indígenas por su metodología, que no contempló la participación indígena. Durante el presente año se realiza una Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) a fin de estimar y caracterizar a la población que reside en los hogares donde a la fecha del censo uno de sus miembros se reconoció indígena. El resultado será una estimación a escala nacional, pues se trabajará sobre una muestra de 60.000 hogares.

10. Las trece lenguas (quince si se incluyen el tehuelche y el vilela, casi en extinción) son: quechua, aymara, wichí, chorote y chulupi o nivaklé (mataco); toba, mocoví y pilagá (guauycurú); tapiete y chiriguano y tupí guaraní y vilela; mbyá-guaraní, mapundungum y tehuelche (cfr. LUCÍA GOLLUSCIO et al. "Lenguas en peligro, pueblos en peligro en la Argentina", en GEROG KREMNITZ y JOACHIM BORN, [eds.], *Lenguas, literaturas y sociedad en la Argentina. Conversaciones sobre investigación en la Argentina y en países germanófonos. Actas del coloquio*, Wien, Praesens, pp. 95 a 110).

11. RICARDO ALTABE, JOSÉ BRAUNSTEIN y JORGE GONZÁLEZ. "Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75 inc. 17 CN", *El Derecho* 164-1193/1208. Se trata de las leyes de las provincias de Salta (6373/1986 [LA 1986-B-2371]); Chaco (3258/1987 [LA 1987-A-1118]); Misiones (2485/1987), Río Negro (2287/1988 [LA 1989-A-1000]); Chubut (3657/1991 [LA 1991-B-2257]), Santa Fe (11078/1993 [LA 1994-B-2951]). Así como en las Constituciones de Chubut, La Pampa, Salta, Jujuy, Chaco, Formosa y Río Negro. En su momento se adhirieron a la Ley 23302 las siguientes provincias: Chaco, Santa Fe, Salta, Misiones, Formosa, Buenos Aires, Córdoba, La Pampa, Mendoza, Río Negro, Chubut, Neuquén y Tucumán.

12. Por ejemplo, en las provincias de Salta y Jujuy se negaba el carácter de indígena al pueblo kolla; se hablaba de los últimos onas (ANNE CHAPMAN. *Los Selk'nam. La vida de los onas*, 1986, Buenos Aires, Emecé, 1986) y tehuelches (cfr. A. FERNÁNDEZ GARAY).

13. Cfr. GONZALO SEGOVIA y JUAN F. SEGOVIA. "La protección de los indígenas", en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Dr. Pérez Gilhou, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 340 y ss.

14. GERMÁN BIDART CAMPOS. "Los derechos de los pueblos indígenas argentinos", *ED* 1996-B-1205.

15. GERMÁN BIDART CAMPOS. "Informe al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas", Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 3 de octubre de 1996, inédito. Es la opinión mayoritaria de la doctrina; excepción: GREGORIO BADENI. *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 339 y ss.

16. No consideraré en este trabajo el problema de la propiedad de los conocimientos tradicionales, ni el desafío que implica su defensa en el marco de los acuerdos sobre aspectos comerciales relacionados con los derechos de propiedad intelectual de la Organización Mundial de Comercio (1994).

17. La resolución fue muy discutida porque al momento de dictarse, estando en marcha el PPI, se consideró que violaba el derecho a la consulta (cfr. nota anterior). Para la resolución favorable se tuvieron en consideración las personerías registradas a escala nacional, que en todos los casos permitieron resguardar jurídicamente situaciones de peligro para las comunidades: la titularidad de la tierra (comunidad Huisca-Antieco, Chubut; comunidad del Pueblo Kolla de Finca Santiago, Salta; comunidad Diaguita-Calchaquí de Amaicha del Valle, Tucumán; comunidad Mapuche Ñorkinko, Neuquén) y la defensa de sus recursos: la comunidad mapuche Kaxipayiñ, en ocasión del conflicto generado por el proyecto MEGA, logró el compromiso oficial de titularizar parte de las tierras que reclama; entre otras comunidades registradas.

18. Cfr. "*Confederación Indígena del Neuquén v. Poder Ejecutivo provincial s/acción de inconstitucionalidad*, con el patrocinio letrado de J. M. SALGADO y MARIANO MANSILLA.

19. "De este modo, mientras una sociedad anónima constituida en Jujuy cuenta con plena personalidad jurídica en Neuquén, las comunidades indígenas reconocidas por la autoridad nacional en orden a las atribuciones que le otorga el artículo 75 inciso 17 CN. son desconocidas por el gobierno de la provincia, en una palmaria violación al principio establecido en el artículo 7.º CN (que otorga plena validez a los actos emanados de otras jurisdicciones) y a la igualdad ante la ley" (cfr. demanda citada en n. 18).

20. Los juristas indígenas distinguen (cfr. EULOGIO FRITES. *El derecho indígena consuetudinario y positivo argentino*, 1995) entre derecho indígena y derecho consuetudinario indígena. Y afirman: “El derecho indígena es el conjunto de normas propias que regulan la conducta y el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de los pueblos indígenas. Su esencia es el derecho consuetudinario, enriquecido con normas del derecho positivo de los estados que se le incorporen receptando 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”. En tanto, “el derecho consuetudinario es 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 la 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”.

21. Sin entrar en el concepto de territorio definido como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera” (Convenio OIT 169, art. 13.2).

22. En 2002 había 297.425 explotaciones agropecuarias (EAP), es decir, algo más de 100.000 establecimientos menos que en 1988 (421.221). Si al número de explotaciones se añade la superficie, se concluye que de los más de 170 millones de hectáreas agropecuarias de todo el país, 74,3 millones de hectáreas están en poder de tan sólo 4.000 dueños. Son las propiedades que van desde las 5.000 hectáreas en adelante. Es decir, de los casi 300.000 productores, 4.000 poseen casi la mitad de la tierra (el 1,3 % de los propietarios hoy posee el 43 % de la superficie); cfr. FEDERACIÓN AGRARIA ARGENTINA: “La tierra... ¿para qué? ¿para quiénes? ¿para cuántos?”, documento base, Congreso Nacional y Latinoamericano sobre Uso y Tenencia de la Tierra, 30 de junio y 1.º de julio de 2004, pp. 33 y ss.

23. ELENA I. HIGHTON. “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad co-

munitaria en la Constitución de 1994”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 7, 1994, pp. 277 a 314.

24. GERMÁN BIDART CAMPOS. *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 119.

25. Con relación a la dificultad de acceder a créditos por no poder usar las propiedades como garantías, es de destacar que los organismos internacionales de financiamiento, por el contrario, exigen estas restricciones como requisito que asegura la inversión a favor de las comunidades. Como sucede con el Proyecto de Desarrollo de Comunidades Indígenas ejecutado por el INAI, con financiamiento del Banco Mundial, en áreas en las que las comunidades no siempre tienen regularizada la situación de dominio sobre las tierras, y cuando la tienen, es con las restricciones al dominio establecidas por la Constitución.

26. A través de convenios entre el INAI y las respectivas provincias, a partir de 1996 se han pactado restituciones y el registro de posesiones de tierras de las comunidades. Los trabajos que permiten la regularización, mensura, estudio de títulos, etc. se encuentran muy demorados o paralizados como consecuencia de las trabas que operan los organismos provinciales competentes. Los principales convenios firmados son con las provincias de: a) Chubut (1996): 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 régimen de reserva y otras en áreas críticas con población dispersa; y c) Jujuy (1996): por la regularización dominial 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.

27. GERMÁN BIDART CAMPOS. “Dictamen a solicitud de la comunidad mapuche vera”, Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, inédito, 1997.

28. H. QUIROGA LAVIÉ. “Dictamen: situación jurídico institucional planteada por la ordenanza 115/1987 y su compatibilidad normativa con el inc. 17 del art. 75 CN”, Concejo Deliberante de San Martín de los Andes, inédito, 1997.

29. En este mismo sentido las afirmaciones del juez RIAT (cfr. *Sede, Alfredo y otros v. Vila, Herminia y otro s/desalojo*, expte. 14012-238-99, titular del

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería n.º 5 de la provincia de Río Negro, del 12 de agosto de 2004, en el que los demandados contaron con el patrocinio letrado del Dr. DARÍO RODRÍGUEZ DUTCH).

30. Las comunidades siguen luchando por la aplicación de la Ley provincial 6920, que declara la expropiación de las aproximadamente 700.000 hectáreas de posesión ancestral del pueblo huarpe, que fuera declarada inconstitucional, a solicitud del fiscal, en febrero de 2004. Asimismo, la acción de los gobiernos de Mendoza y San Luis ha sido denunciada por cuanto las tierras constituyen un humedal incluido en la Convención Ramsar (2002), por su valor ambiental, dado por la presencia de avifauna en medio de un extenso desierto.

31. El proyecto “Reconstrucción ruta provincial 28, Tramo Las Lomitas, Posta cambio Salazar”, desarrollado por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo, BID, inundaría zonas en las que habitan las comunidades pilagá Campo del Cielo y Nelagady (El Descanso), así como criollos que habitan en ellas. La Legislatura de Formosa, el 15 de abril de 2004, sobre tablas, sin discusión alguna y con la oposición de todo el arco político no justicialista, dictó una ley de expropiación de las 30 mil hectáreas de tierras comunitarias en aras de la realización del proyecto; la ley ha sido objetada. En la actualidad se ha llegado a un acuerdo en el que participaron las comunidades, para iniciar las obras sobre la base del diseño de un plan que contemple una serie de modificaciones. El tema requiere seguimiento en cuanto al cumplimiento de lo acordado, la participación de las comunidades y la expropiación de las tierras.

32. La Comunidad Ava Guaraní Río Blanco fue brutalmente desalojada de sus tierras ancestrales (La Loma) el 2 de marzo de 2004 a las ocho de la mañana por policías y un camión de civiles con la presencia de un juez de paz, una secretaria y un abogado, sin ninguna orden escrita ni aviso previo, sino en virtud de una orden telefónica dada por el juez BLANCO en el juicio iniciado por el ingenio San Martín de Tabacal. El ingenio pretende seguir desmontando y ganando tierras para la plantación de azúcar; son tierras en las que viven ancestralmente las comunidades que vienen soportando desde inicios de siglo la política feudal del ingenio. Además, el territorio del pueblo ava guaraní ha sido declarado “Reserva de la Biosfera de las Yungas” por la Unesco, pues es una de las regiones más ricas en biodiversidad del país.

33. La familia Curñanco-Nahuelquir (Esquel, provincia del Chubut) desde agosto de 2002 ocupó 530 hectáreas que la Compañía de Tierras del Sur Argentino (CTSA), propiedad del grupo italiano Benetton, considera pertenecen a la estancia Leleque (183.000 hectáreas), en el noroeste del Chubut. La compañía inició acciones civiles y penales de desalojo. La familia argumentó que son las tierras en que nacieron, y que hicieron los trámites ante el Instituto, sin tener respuesta. En mayo de 2004 el juez JORGE EYO ordenó la “restitución definitiva” de las tierras en las que vive y trabaja la familia. La sentencia judicial falló en favor de los títulos privados.

34. 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”.

35. Se prevé la creación de un Consejo de Coordinación con representación de las comunidades (art. 5.1.e).

36. Cfr. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala 2.^a) en los autos *Asociación Indígena Argentina y otros/juicio de conocimiento*.

37. En la provincia de Chaco el Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH) es la autoridad de aplicación de la Ley 3258 (LA 1987-A-3258) (arts. 25, 27 y 28); la Ley Integral del Aborigen 426 en la provincia de Formosa (LA 1984-B-1593) crea el Instituto de Comunidades Aborígenes (ICA, art. 22); en la provincia de Salta la Ley 7121 (2000 [LA 2001-A-1295]) ha conformado el Instituto Provincial de Pueblos Indígenas (IPPIS).

38. GERMÁN BIDART CAMPOS. “Dictamen a solicitud de la Confederación Mapuche Neuquina”, Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2002.

39. De las siete constituciones provinciales que mencionan el tema indígena solo dos reconocen además de las comunidades a sus organizaciones: son las de las provincias de Chaco (1994: art. 37) y Salta (1998: art. 15).

40. Actualmente se desarrolla el Foro de los Pue-

blos Indígenas, cuyo objetivo es llegar a un Parlamento Nacional al finalizar el presente año que incluya iniciativas jurídicas y legislativas referidas a los derechos de los pueblos indígenas en la agenda pública. El proyecto es presidido por la ministra de Desarrollo Social y coordinado por un representante indígena.

41. BIDART CAMPOS. “Manual de la Constitución reformada” cit., p. 120.

42. JORGE ARGÜELLO. “Proyecto Ley Jerarquización Constitucional Convenio 169”, Suplemento de Derecho Constitucional, *La Ley*, 24 de mayo de 2004.

43. Citado en los fundamentos; en el mismo sentido se pronuncia H. QUIROGA LAVIÉ. “Dictamen a la Comisión de Población y Recursos Humanos de la Cámara de Diputados de la Nación”, 24 de agosto de 2004, inédito.

44. Cfr. además el proyecto de “Desarrollo de Comunidades Indígenas” (cfr. n. 38 supra) y la experiencia de comanejo en el Parque Nacional Lanín (cfr. COORDINADORA DE ORGANIZACIONES MAPUCHE.

“Una nueva relación con el Parque Nacional Lanín: el Comité de Gestión y Comanejo con determinación Mapuche”, mimeografía, 2003).

45. Cfr. Convenio 169, artículo 1.º; Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.º.

46. También en este tema la doctrina ha producido avances, como son: a) el carácter de persona de derecho público no estatal de las comunidades en razón de su preexistencia (cfr. FERNANDO DÍEZ. “Costumbre jurídica indígena y diversidad cultural en el anteproyecto de Código Procesal Penal del Neuquén”, Forum II, Alertanet, mimeografía, 2000); b) la propuesta de una descentralización territorial de base indígena, siguiendo a DABIN (cfr. BIDART CAMPOS. “La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿qué nos aporta la ciencia política para el derecho constitucional?”, cit. en n. 1).

47. “Autonomía y pueblos originarios”, Primer Seminario Regional “El Derecho Internacional y los pueblos originarios”, 1996, inédito.

