

**XXV ENCUENTRO DE PROFESORES DE
DERECHO CONSTITUCIONAL
(Reafirmando la República)**

PANEL IV DERECHOS INDÍGENAS

RECOMPONRIENDO LAS RAÍCES

Ponencia a cargo de: Florencia Gutiérrez Gatica¹,

I

CONSIDERACIONES GENERALES

La legislación argentina con respecto a los pueblos originarios tiene su primer gran cambio, en el reemplazo del art. 67 inciso 15 de la Constitución Nacional, que disponía como obligación “conservar el trato pacífico de los indios, y promover a la conversión de ellos al catolicismo”, tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural.

La temática reaparece luego de un largo debate y la escucha activa de los pueblos originarios, que habitaba el suelo argentino, en la reforma de la Constitución en 1994, cuando entra en escena el artículo 75 inciso 17, el cual traza cuatro ejes sobre los que la institucionalidad argentina debe necesariamente trabajar:

- 1) Se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos;
- 2) Se garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural;
- 3) Se reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; y
- 4) Se asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

¹ Estudiante avanzada en la carrera de Derecho. Ayudante Alumna de la Materia Teoría Constitucional, a cargo del Dr. Eduardo Jiménez, de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Participación para informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las defensoras y defensores del medio ambiente en Honduras para el Centro de Investigaciones del Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional (CIDIIR) Universidad Nacional de Mar del Plata.

II REFERENCIA NORMATIVA BÁSICA (NACIONAL E INTERNACIONAL)

De lo antes señalado, surgen las sanciones de las leyes que acompañan este nuevo precepto, a saber:

Ley 23302

Creación del INAI con el propósito de asegurar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, garantizando el cumplimiento de los derechos consagrados constitucionalmente (Art.75 Inc.17).

Ley 24071

Aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Ley 26160

Declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país con personería jurídica inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, en organismo provincial competente o las preexistentes.

Ley 26994

Aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se hace mención a los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en los siguientes artículos: 14, 18, 225 y 240.

Ley 25517 y su Decreto reglamentario 701/2010

Estableció que deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen, los restos mortales de integrantes de pueblos, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas.

Ley 26602

La Ley de Educación Nacional incluyó en su Capítulo XI los artículos 52, 53 y 54 que consagraron la Educación Intercultural Bilingüe (EIB).

Decreto 700/2010

Creó la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena.

Ley 26331 y su Decreto reglamentario 91/2009

Estableció los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. Se mencionan a los pueblos originarios y sus comunidades en los siguientes segmentos: Capítulo I, artículos 1, 2, 3,4 y 5; Capítulo II, artículos 6, 7, 8 y 9; Capítulo III, artículos 10 y 11; Capítulo IV, artículo 12; Capítulo V, artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21; Capítulo VI, artículos 22, 23, 24 y 25; Capítulo VII, artículo 26; Capítulo VIII, artículo 27; Capítulo IX, artículo 28; Capítulo X, artículo 29: Capítulo XI, artículos 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 Y 39; Capítulo XII, artículos 40, 41, 42, 43 y 44.

Resolución 328/2010

Creó el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas (Re.No.Pi.).

Resolución 4811/1996

Creó el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.Ci).

Ley 27118

Declaró de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena.

Ley 24544

Aprobó el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito durante la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y de Gobierno.

Ley 24375

Aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas.

Código Civil y Comercial de la Nación

Derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano (Art. 18)
Derecho al Prenombre, Derecho a de los pueblos indígenas inscribir nombre en idiomas originarios (Art. 63 Inc. C)

Sumando a este aporte, las normas internacionales que regulan el tema, y que la Argentina adhiere, se suman:

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas.

III

ALGUNAS REFLEXIONES CENTRALES SOBRE LA PROBLEMÁTICA ABORDADA

Haciendo referencia al marco normativo expuesto, podemos adentrarnos en la temática a desarrollar, la cual es de suma importancia en los tiempos en que vivimos, ya que se intenta imponer una cultura hegemónica que deja de lado a las culturas preexistentes, el nuevo paradigma para el tema en cuestión debe de ser la diversidad cultural. Este paradigma parte de la premisa de que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una cultura superior a otra. Según este principio, se debe respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus sistemas normativos; así como es fundamental el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad).

¿Cuál es el grupo de personas que se consideran “pueblos indígenas”?

Se señalan elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos incluyen: la continuidad histórica (esto es, sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización); la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; e instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. Por su parte, el elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva del grupo en tanto pueblo indígena.

Ahora bien, ya tenemos la normativa, y la identificación a través de la definición de los “pueblos indígenas”, tenemos leyes que le reconocen su personería jurídica, leyes de protección cultural, pero falta un paso sumamente importante y es el reconocimiento de las tierras que le pertenecen a éstos, ¿Por qué es tan difícil dicho reconocimiento? ¿Cuáles son las trabas para que esto suceda? ¿Es más importante la propiedad privada, que el reconocimiento nacional e internacional de los pueblos originarios? ¿Se puede hablar de una diversidad cultural, sin el respeto del espacio habitado por los pueblos originarios?. Otro tema no menos es el derecho a ser oídos, a ser consultados, ¿Porque nos cuesta escuchar? ¿Qué es lo que no queremos oír? ¿Se los considera todavía ajenos a la cultura hegemónica, y no se quiere conciliar? ¿Queremos que como ocurría con el fondo del art. 67 inc. 15 se adecuen a nuestras instituciones y nosotros no poder convivir con las suyas?

Estas preguntas sirven como detonantes de lo que vamos a plantear en ésta breve ponencia, en la que he querido hacer un breve repaso de la interpretación de lo que dicen nuestros jueces, quienes tienen la obligación de interpretar y aplicar la Constitución, y para ello analizaremos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los que se tiene como cuestión de fondo a los pueblos indígenas.

La selección de casos va desde la reforma hasta la actualidad, he elegido los más relevantes, y en los que pueden estar las respuestas a las preguntas que tenemos como detonantes de la ponencia.

El primer tema a considerar, es el derecho a ser oídos y consultados:

1) Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén².

a) El paradigma de la protección de la diversidad cultural, receptado en la Constitución Nacional, entiende a los indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que puedan vivir y legar a las generaciones futuras su identidad cultural.

b) El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses son instrumentos esenciales para asegurar el goce de la totalidad de sus derechos en pie de igualdad con los restantes miembros de la sociedad.

c) El derecho de participación comprende el deber de consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos; y de establecer mecanismos adecuados para garantizar su participación en la toma de decisiones que los conciernan.

d) Para asegurar el derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, el Estado debe organizar adecuadamente las estructuras gubernamentales a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público.

e) El derecho a la consulta es de naturaleza preventiva por cuanto exige sólo la posibilidad de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas.

f) La creación de un municipio es susceptible de afectar el derecho de una comunidad indígena a la tierra, y sus derechos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

g) La creación de un municipio requiere establecer límites geográficos que pueden afectar la integridad, valor, uso o goce de los territorios de los pueblos indígenas.

h) La creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local susceptible de repercutir en los derechos políticos de las comunidades indígenas

i) La ley que crea un municipio tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población y ello demanda abrir una instancia especial de diálogo.

j) El derecho a la consulta puede constituir una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos.

k) La facultad de un municipio para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local es susceptible de afectar la forma de vida indígena

l) La obligación estatal de respetar el derecho a la participación comprende disponer de un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal

m) La participación general en procesos electorales no satisface el derecho específico de las comunidades indígenas a la participación en las decisiones que los atañen.

n) Para que el derecho a la participación electoral de los pueblos indígenas sea ejercido en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación.

o) El Estado debe garantizar la plena participación de los indígenas, en especial de las mujeres, en los asuntos públicos, y tomar medidas para asegurar su participación efectiva en cada uno de los niveles de gobierno.

2) Comunidad Toba Nam Qom c/ Estado Nacional y otros³.

Temas que he creído importantes, para ser tenidos en consideración preferente:

a) El derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas comprende la consulta y participación de las comunidades en la toma de decisiones susceptibles de tener impacto en sus territorios y recursos naturales

b) Las causas en la que se demanda al Estado Nacional y a una provincia por vulnerar el derecho a la consulta y participación con relación a la instalación de una planta que afectará el modo de vida indígena, son de competencia originaria de la Corte Suprema.

3) Asociación de Comunidades Aborígenes de Nazareno⁴

Temas que he creído importantes, para ser tenidos en consideración preferente:

³

https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2016/VAbramovich/noviembre/Comunidad_Toba_FRE_6231_2014.pdf

⁴

http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2013/LMonti/octubre/Asoc_de_Comun_Aborig_A_275_L_XLIX.pdf.

a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad y comprende, también, el derecho a la propiedad comunitaria

b) El Estado debe delimitar, demarcar y titularizar las tierras tradicionales para hacer efectivo el derecho a la propiedad comunitaria indígena.

c) El Estado federal tiene el deber de adoptar medidas positivas, de cooperación y coordinación con las provincias, para hacer cumplir los derechos de los pueblos indígenas consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos

d) El Congreso Nacional debe incorporar mediante una ley formal los derechos indígenas receptados en el Convenio n° 169 de la OIT, en concurrencia con las atribuciones legislativas de las provincias

e) Existe una "causa indígena" cuando se persigue que una provincia y el Estado Nacional reconozcan a las comunidades indígenas su derecho de propiedad sobre las tierras

f) Corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema en las causas en la que una provincia y el Estado federal son parte y se discute el derecho a la propiedad comunitaria indígena.

4) Martínez Pérez José Luis c/ Palma, Américo y otros⁵.

Temas que he creído importantes, para ser tenidos en consideración preferente:

a) La Constitución Nacional reconoce específicamente los derechos a la posesión y a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

b) El derecho al uso y la ocupación territorial indígena incluye a las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza y la cultura, entre otros fines, y cubre la totalidad del hábitat ocupado

c) Los territorios que los pueblos indígenas ocupan y utilizan para sus actividades tradicionales deben ser determinados y efectivamente protegidos

d) El Estado debe abstenerse de realizar actos que afecten la existencia o las actividades de los miembros de las comunidades, hasta tanto se concrete la delimitación y titulación de las tierras indígenas

e) Los tribunales deben analizar con cautela la procedencia de la ejecución del desalojo precautorio en casos que involucran la ocupación tradicional de una comunidad indígena

5

<https://www.cij.gov.ar/nota-11793-La-Corte-suspendi--un-proceso-de-desalojo-contra-integrantes-de-una-comunidad-mapuche.html>

III BREVES CONCLUSIONES

Habiendo hecho el recorrido por los temas que se trataron en los fallos a través, tanto de la procuración como de la Defensa del Pueblo, debemos hablar de que hay argumentos legales suficientes para poder tomar la decisión política para hacer cumplir las leyes. Deben las provincias con la Nación poder llegar a los acuerdos necesarios para que empiece a haber en la Argentina un respeto por las instituciones, dejar de hablar de leyes utópicas y comenzar por respetarlas, ejercerlas y hacerlas cumplir.

Los pueblos deben tener presentes la interculturalidad que debe tener el pueblo argentino, para poder entender que los reclamos de las comunidades indígenas no son algo extraño a nuestro sistema normativo, no solo en el derecho interno, si no también tienen un reconocimiento internacional, que nuestra Constitución reconoce y pone en la punta de la pirámide normativa con la misma, a través del artículo 75 inciso 22 que le otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales. Y para que el pueblo conozca y reconozca acerca de sus derechos es fundamental la educación en las instituciones educativas y en la formación de los futuros abogados, para que se pueda profundizar sobre el tema y el reconocimiento de los derechos y obligaciones de las comunidades indígenas.

La propiedad, como tal, es una deuda pendiente para el pueblo argentino, no solo para las comunidades indígenas, ya que el artículo 14 bis habla del derecho a la vivienda digna, que es una deuda que tiene el Estado con todos los ciudadanos que habitan el suelo argentino. El problema de las condiciones habitacionales en la República Argentina ya sea desde la falta de tierras para poder llevar adelante planes de vivienda, como aquellas en las que no tienen los servicios básicos cubiertos, hace que en nuestro suelo el acceso a la vivienda sea un bien de lujo. **En el país, el 0,94% de los dueños de las grandes extensiones productivas maneja el 33,89% del total del territorio argentino. El 99,06% restante controla apenas el 66,11%**⁶. Una de cada tres hectáreas que se entregan en concesión para la explotación minera, petrolera, agroindustrial y forestal en América Latina pertenece a pueblos indígenas. En Argentina, el 84% de las concesiones para cultivar soja se encuentran en territorios indígenas. La desigualdad que se genera por la entrega de las tierras por parte del Estado para aquellas empresas nacionales y multinacionales para su explotación, hace que nos alejemos cada vez más al cumplimiento efectivo de los derechos reconocidos en nuestra constitución.

Recomponer raíces, implica reconocer y aceptar que hay un pasado que conciliar y tratar de recomponer aquella historia que se intenta esconder. La historia nos pone en un momento histórico para poder actuar en el cumplimiento de las leyes de nuestro sistema jurídico que tan bien redactado está. No son utopías, son leyes y como tales deben ser cumplidas, y es deber de los jueces y del Estado garantizar que esto suceda.

6

<https://www.ambito.com/politica/se-profundiza-la-concentracion-la-tierra-la-argentina- apenas-1-acapara-33-del-territorio-n3969517>

