

Derechos colectivos de los pueblos indígenas



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA ABOGACÍA

2017

CONTENIDOS TRANSVERSALES EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Derechos colectivos de los pueblos indígenas



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA ABOGACÍA

2017



Dirección Nacional de
Relaciones con la Comunidad
Académica y la Sociedad Civil
Secretaría de Justicia



Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

ISBN: en trámite
Derechos colectivos de los pueblos indígenas
1ra. edición: abril de 2018

Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
CP 1041AFF, CABA
Correo electrónico: ediciones@saij.gob.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre
y gratuita en: www.bibliotecadigital.gob.ar

Los artículos contenidos en esta publicación son de libre reproducción en todo o en parte,
citando la fuente.

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

DIRECTOR

ROBERTO VICENTE

COORDINACIÓN GENERAL

SILVINA RAMÍREZ

EQUIPO DE TRABAJO:

MARÍA JOSÉ BOURNISSENT (UNL)

EDUARDO RAÚL HUALPA (UNPSJB)

RODRIGO SEBASTIÁN SOLÁ (UNSA)

SILVINA RAMIREZ (UBA)

ALEXIA CAMPOS (CEPPAS - GAJAT)

BRAIAN DEMIS VEGA (CEPPAS - GAJAT)

MARÍA CECILIA JEZENIECKI (CEPPAS - GAJAT)

ÍNDICE

	página
Parte General	1
1. Introducción.....	1
2. Derechos individuales y derechos colectivos. Justificación de la existencia de derechos indígenas. Resignificación del principio de igualdad.....	2
3. Instrumentos jurídicos internacionales.....	10
4. Constitución Nacional: desarrollo interpretativo del art. 75, inc. 17	15
5. Las legislaciones secundarias de los diferentes países: inexistencia o insuficiencia.....	20
6. Descentralización y políticas públicas y indígenas	24
7. Jurisprudencia: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tribunales constitucionales y sentencias nacionales.....	26
8. Principales derechos reivindicados por los pueblos indígenas.....	32
9. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	38
Parte Especial	51
1. Derechos humanos y derechos indígenas.....	51
2. Derecho internacional y derechos indígenas	57
3. Derecho político: teoría del Estado y derechos indígenas	66
4. Derecho constitucional y derechos indígenas.....	69
5. Derechos reales y derechos indígenas.....	75
6. Derecho penal y procesal penal y derechos indígenas.....	83
7. Historia del derecho y derechos indígenas.....	94
Cuadernillo con material didáctico para estudiantes	99
1. Derechos territoriales	99
2. Derecho al acceso a la justicia.....	115
3. El derecho a la consulta.....	123
Referencias Bibliográficas	145
Referencias jurisprudenciales	151

PARTE GENERAL

1. Introducción

Los pueblos indígenas en Argentina están muy lejos de responder al paradigma establecido en los manuales que, por regla general, nos introdujeron en el tema. Una descripción que transita lo anacrónico, como una muestra del pasado, pero sin relevancia en el presente, y mucho menos aún con proyección para el futuro.

En Argentina son 38 los pueblos indígenas que reivindican su identidad (ENDEPA, 2014).⁽¹⁾ Más allá de la cuestión cuantitativa siempre discutible, la existencia de los pueblos indígenas y la fuerza de sus organizaciones es un dato fáctico. Históricamente, el desconocimiento, discriminación y olvido de los pueblos indígenas como actores de un país y un Estado que estaba en construcción significó un descuido imperdonable en la formulación de políticas inclusivas.

Introducir en el plan de estudios de las facultades de derecho de las universidades del país contenidos que intenten, al menos, reparar el olvido histórico al que fueron sometidos los pueblos indígenas es un imperativo que en pleno siglo XXI se torna insoslayable. Sin lugar a dudas, en el ámbito de la educación la no incorporación en el debate del rol de los pueblos indígenas en nuestros escenarios —tanto desde la perspectiva histórica, como política y social— ha conformado lo que es hoy el estado de situación alrededor de los derechos indígenas. Estos derechos, vigentes en Argentina no solo en la normativa jurídica internacional sino también en nuestra propia Constitución y legislación secundaria, vuelve necesario jerarquizar su posición dentro de la malla curricular, transformando su estudio no solo en una cuestión opcional sino obligatoria.

La realidad en las facultades de derecho de nuestras universidades está lejos de incorporar como obligatoria su enseñanza. Sin embargo, las reivindicaciones

(1) Sin embargo, vale la pena aclarar que la asunción de identidad es un proceso dinámico, por lo cual este número es indicativo y puede transformarse.

por parte de los pueblos indígenas se hacen cada vez más ostensibles, y la necesidad de contar con abogados formados también se muestra de manera notable en el incremento de la judicialización por incumplimiento de los derechos.

Un manual como el que aquí se presenta tiene múltiples objetivos. Por un lado, contribuir a la formación de formadores, dotando a los docentes sensibilizados en el tema indígena de material básico para poder comprender la relevancia del tema y generar las condiciones para que transmitan dichos contenidos a sus estudiantes. En segundo lugar, y dado el alto grado de especialización existente en el campo jurídico, este manual pretende servir como un material puntual sobre derechos indígenas en relación a un conjunto de materias que se imparten en las facultades, y que forman parte desde siempre de los programas de enseñanza. Así, materias troncales como Derecho Constitucional, Civil, Penal, Historia del Derecho, Derechos Humanos, Derecho Internacional, etc., deben contar en el contenido de cada uno de sus programas con un apartado dedicado especialmente a los derechos de los pueblos indígenas.

Por último, este manual está dividido en parte general y parte especial (utilizando una nomenclatura clásica), con el fin de ubicar al docente lector en el contexto, familiarizándolos con los rasgos característicos de los derechos indígenas y su inserción en una perspectiva más abarcativa de construcción de un determinado tipo de modelo estatal; a la par tiene como horizonte contribuir con elementos para un conjunto de materias en donde se vuelve necesario —bien entrado el siglo XXI y con un debate teórico muy avanzado en América Latina— contemplar en el contenido el impacto de los pueblos indígenas como actores políticos del Estado argentino.

2. Derechos individuales y derechos colectivos.

Justificación de la existencia de derechos indígenas.

Resignificación del principio de igualdad

2.1. Derechos colectivos y derechos individuales

Si existe alguna polémica que atraviesa permanentemente las discusiones alrededor de los pueblos indígenas, que abre brechas aparentemente irreconciliables entre las diferentes posturas teóricas y que se vincula con los debates alrededor del principio de igualdad, es la existente alrededor de los derechos colectivos, su existencia, su importancia y su relación con los derechos individuales, que han sido ampliamente reconocidos por todos los instrumentos normativos.

El desconocimiento de los derechos colectivos, o en el mejor de los casos su subordinación a los derechos individuales, ha sido una constante tanto en las posiciones conservadoras como en las posturas liberales más ortodoxas. El fantasma omnipresente de que lo colectivo subsumirá la individualidad hasta hacerla desaparecer ha operado como una de las principales razones para

soslayar la colectividad, invocando siempre la preeminencia del individuo y la necesidad de resguardar sus derechos.⁽²⁾

Los derechos individuales y los derechos colectivos son complementarios, nunca son contradictorios. Los derechos de los pueblos indígenas son derechos colectivos.

Otro aspecto que ha sido permanentemente ignorado por los análisis clásicos, que solo reconocen la existencia de derechos individuales y dan la espalda persistentemente a los colectivos, es el de la **identidad** (Díaz-Polanco, 2006, pp. 132 y ss.; Gray, 2001). Esta se conforma a través de la lucha por determinados derechos, los derechos colectivos, dado que los individuales son inadecuados para constituirla y consiguientemente defenderla.

La identidad de los indígenas siempre ha sido cuestionada, ya sea por aquellos que “buenamente” han intentado asimilarlos a la “sociedad occidental”, ya sea por quienes han entendido que su sistema de creencias, su espiritualidad, su cultura, su cosmovisión, sus formas organizativas son secundarias o irrelevantes para sus elecciones y sus planes de vida.

Los derechos colectivos son los que mejor traducen la identidad indígena, y coadyuvan a su fortalecimiento.

Tal vez este cuestionamiento permanente esté vinculado con una mayor predisposición y sensibilidad —lo que también tiene componentes históricos— para reconocer a las personas en su individualidad, más que para atribuir relevancia a su membresía a determinado pueblo o nación. No obstante, los diferentes pueblos indígenas, ya sean quechuas, aymaras, mapuches, guaraníes, etc., tienen una conciencia clara del significado que para cada uno de ellos adquiere el formar parte de un colectivo.

Por ello la identidad y los derechos colectivos se encuentran engarzados. Porque la lucha por los derechos colectivos no es otra cosa que la lucha por su propia identidad. En la medida en que puedan preservarse determinados derechos inherentes a su condición de pueblos, es mayor la posibilidad de resguardar —y en algunos casos recuperar— sus identidades.

La igualdad, frente a todo esto y como ya ha sido señalado, se convierte en una herramienta de distribución tanto de derechos como de bienes. Si esto es así, una genuina política de reconocimiento debe contemplar como componentes básicos la conquista de los derechos colectivos, la lucha por una identidad diferenciada a la meramente individual y, por último, la reconstrucción de un principio de igualdad que tenga presente estos elementos

(2) Entre otros, algunos autores que rechazan la existencia de los derechos colectivos, como Garzón Valdés (1993).

para superar la pretendida universalidad y atender las particularidades de estos pueblos.

Superar el desconocimiento y los prejuicios, y comprender que los derechos colectivos representan y significan “más” que la suma de los derechos de individuos, ha sido —y sigue siendo— una ardua tarea. Los derechos colectivos constituyen para los pueblos indígenas herramientas para garantizar su subsistencia y sistema de valores, sus creencias y culturas. Los derechos individuales, entonces, son insuficientes para asegurar el disfrute del plan de vida de los miembros de los pueblos originarios.

Por último, frente a la pregunta inevitable de cuáles derechos deben tener primacía, si los derechos colectivos o los individuales, la respuesta adecuada es que debe meritarse en cada situación, dado que es preciso evaluar cuáles de ellos tienen la característica o la capacidad para corregir los desajustes y desigualdades sociales en un contexto determinado.

2.2. Un concepto insuficiente de igualdad⁽³⁾

El concepto de igualdad que actualmente maneja la filosofía política es insuficiente para dar cuenta, desde una perspectiva crítica, del estado de situación de los pueblos indígenas. Su condición de vulnerabilidad y su evidente asimetría con respecto a los “no indígenas” señalan la necesidad de desarrollar nuevas categorías que puedan contribuir a transformar esa realidad para la construcción de sociedades más igualitarias.

Tanto los enfoques **liberales** como los enfoques **fundamentalistas**, que comprenden dimensiones tanto morales como políticas, no han podido enfrentar satisfactoriamente el desafío de diseñar con sus aportes sociedades efectivamente más igualitarias, generando escenarios donde los acuerdos, el consenso y el diálogo entre los distintos sujetos —individuales y colectivos— sea posible.

Las posiciones liberales, mediante procesos de abstracción que solo demuestran una “ilusión de trascendentalidad”,⁽⁴⁾ no descubren el grado y profundidad de las desigualdades concretas que hoy existen, ni ofrecen herramientas efectivas para superarlas.

Las posiciones fundamentalistas, desde una mirada contraria, provocan situaciones similares al absolutizar rasgos, paradójicamente, particulares. A pesar

(3) Todo el desarrollo del concepto de igualdad abreva en el trabajo de Ramírez, Silvina (2012).

(4) En este trabajo utilizamos la idea de “ilusión de trascendentalidad” para referirnos a la pretensión de construir conceptos —que no son meramente formales— al margen del contexto y de la historia. Al respecto, existe una sólida corriente de pensamiento que no puede concebir la construcción de conocimiento por fuera de la historicidad. Ver Vattimo (1986, p. 27) y Grondin (1999, pp. 162-165).

del relativismo cultural que aparentemente defienden (en donde todo plexo axiológico es admisible), solo consideran como valioso aquello que se encuentra en el ámbito de su concepción particular.

Por ello, es imprescindible pensar en un concepto nuevo y superador que no universalice ni absolutice, y que cuente con cierta plasticidad para adaptarse a las más variadas situaciones. A través de una propuesta que conjugue diferentes niveles de análisis, se presentarán algunas ideas que clarifiquen el marco de la discusión y que signifiquen un aporte concreto en la lucha por la igualdad de los pueblos indígenas.⁽⁵⁾

La libertad y la igualdad han sido presentadas, desde la perspectiva liberal, como conceptos medulares pero ordenados jerárquicamente. Al establecer, entonces, prioridades inconsecuentes, centrando el debate en la determinación de si la libertad prevalece sobre la igualdad o viceversa, se llega a callejones sin salida que poco aportan a la discusión central alrededor de los pueblos indígenas y su relación con el principio de igualdad.

La construcción de un nuevo sentido del principio de igualdad responde a la necesidad de organizar un diálogo distinto entre la sociedad occidental y los pueblos indígenas, las que se enfrentan, finalmente, en la disputa por la conquista de derechos. Ello, a fin de que la formulación clásica del principio de igualdad: “ser tratados con igual consideración y respeto” sea mayormente sensible a las diferencias y derive en consecuencias prácticas que favorezcan a los pueblos indígenas.

La libertad y la igualdad indudablemente son dos principios insoslayables en nuestras organizaciones políticas y jurídicas, que deben primar en el desarrollo de las instituciones democráticas. Ahora bien, estos ejes incorporados a la mejor marcha de las “sociedades occidentales” no operan necesariamente del mismo modo cuando nos encontramos frente a pueblos indígenas, cuyas instituciones están construidas sobre la base de valores diferentes.

La igualdad se transforma, en este caso y para los pueblos indígenas, en una condición para el ejercicio de la libertad. La igualdad se presenta como un valor tan relevante como la libertad, y es a partir de este supuesto que podemos intentar la construcción de un principio con un contenido diferente al clásico.

Bien dice Gray (1991, p. 107) que no podemos tratar a las personas de formas iguales a menos que sepamos cuáles son sus intereses. Los conflictos de intereses que se erigen sobre conflictos de valores plantean una crítica muy fuerte al principio de igualdad entendido desde una perspectiva liberal. No puede concebirse ni aplicarse este principio de manera universal, como tampoco

(5) En ese manual se utilizan indistintamente la denominación “pueblos indígenas” y “pueblos originarios”.

puede pensarse que “el tratamiento semejante” involucre la satisfacción de bienes idénticos para todos.⁽⁶⁾

Para los pueblos originarios, el trato igualitario tiene mucho más que ver con la justicia en la distribución de recursos (y no de cualquier recurso) que con la satisfacción de otras necesidades. Así, encontramos en la literatura tradicional un principio bifronte de igualdad. Una de sus caras apunta al **tratamiento semejante**, con lo cual la diferencia se diluye y se equiparan —por ejemplo— las necesidades de un ciudadano miembro de un pueblo originario con las de un ciudadano perteneciente a la cultura occidental. La otra cara apunta al **tratamiento paternalista**, del que se deriva una atención particular al indígena —como individuo, sin registrar la importancia del “pueblo” en la conformación de su identidad—, que finalmente se traduce en el menoscabo de la diferencia a partir de la clara intención de subsumirlo en los valores liberales. En otras palabras, no se toma en serio la diversidad cultural, que también es diversidad política y jurídica, definitoria de los pueblos indígenas y los valores inherentes e inescindibles de su condición de pueblos.

Si hacemos el ejercicio de entrecruzar los conceptos clásicos alrededor del principio de igualdad con los derechos exigidos por los pueblos originarios a los Estados, podemos advertir rápidamente que el análisis tradicional es insuficiente para satisfacer dichos derechos básicos, y menos aún, para construir Estados donde indígenas y no indígenas efectivamente se encuentren en un pie de igualdad.

Lo hasta aquí presentado tampoco es producto del azar ni de la naturaleza humana. El principio de igualdad, formulado en abstracto, se encuentra en permanente tensión con su posibilidad de concreción. De ese modo, la construcción de sociedades igualitarias es interpelada por el delicado equilibrio que debe producirse entre aquellas posturas que evitan las perspectivas paternalistas, las que conciben la igualdad como un conjunto de concesiones, y aquellas que soslayan las miradas individualistas, cuya concepción enraizada en las teorías liberales las remite sin más a un desconocimiento, ignorancia y desprecio de lo distinto, precisamente porque no reconocen la existencia de un sujeto colectivo.

Frente a este panorama, es interesante entonces dilucidar los sentidos de igualdad utilizados y enfrentados a dos concepciones antagónicas, el universalismo y el particularismo, de las cuales han abrevado tanto liberales como fundamentalistas. Desde su génesis, la universalidad ha estado ligada a la igualdad y vinculada fuertemente a la noción de una razón universal rectora de los destinos de las personas. Por su parte, el particularismo ha entendido el principio de igualdad como aquel que percibe y respeta los diferentes “*modus vivendi*”.

(6) Los liberales igualitarios enfatizan la necesidad de marcar las diferencias para honrar el principio de igualdad. En ese sentido, respetarían derechos diferenciados de grupos, pero entendemos que esta “concesión” no es suficiente en el caso de los pueblos originarios.

Los pueblos indígenas siempre transitan esta dicotomía que traspasa las reflexiones teóricas para generar efectos prácticos de importancia, a partir de que ambas concepciones construyen marcos de interacción cuya consecuencia es igualar, desde determinados parámetros y valores, o respetar el pluralismo axiológico existente.

Como se dijo, los ideales de una razón universal, de un tratamiento “semejante” basado en supuestos denominadores comunes a todas las personas, y de principios que sustentan las teorías liberales y que predicen su aplicación en todo tiempo y lugar con un grado de abstracción considerable y sin tomar en cuenta la realidad de lo diferente, conspira contra el afianzamiento de modos de vida asentados en valores muchas veces incommensurables. Sus esfuerzos se vuelven insuficientes porque la ausencia de una mirada histórica no permite determinar lo que es relevante en cada tiempo y situación.

Con todo, esta interpretación posible del principio de igualdad ha dominado las discusiones teóricas de los últimos siglos. Sin embargo, no termina de digerir que existen visiones del mundo que no responden a un solo paradigma, y que no colocan “lo individual” en el centro de su cosmovisión. Este pecado capital ha desatado una verdadera “caza de brujas” contra cualquier reclamo colectivo, solo atemperada por algunas posturas liberales (Kymlicka, 1996) que han intentado —e intentan— generar puentes entre las diferentes miradas alrededor de la cláusula igualitaria.

Lo cierto es que a pesar de estos intentos existen voces que reclaman un tratamiento igualitario y no discriminatorio que involucre no solo la libre elección de otros planes de vida sino un desarrollo de otros derechos que posibiliten su consecución. El tratamiento igualitario, que a la vez respete la diversidad, debe entonces entenderse como aquel que requiere de tres cuestiones básicas. Por una parte, la no obstaculización del despliegue del plan de vida elegido, y en ese sentido la garantía de no discriminación. Por otra parte, la realización de acciones positivas que aseguren el desarrollo y la protección de algunos derechos imprescindibles para llevar adelante el plan de vida elegido. En tercer lugar, una particular preocupación por situar históricamente a personas y colectivos.

En el caso de los pueblos indígenas, la igualdad no significa otra cosa que un “tratamiento diferencial” que tenga presente diferentes concepciones y que se enmarque en un contexto histórico. Ello lleva claramente a la admisión de la existencia de otros valores, tal vez muy alejados de los que imperan en la “sociedad occidental”.

En definitiva, los sujetos colectivos que se van perfilando requieren para el acceso a sus derechos de un principio de igualdad con contenido, que les permita profundizar sus conquistas dentro de un determinado proceso histórico que sitúa sus demandas y legitima sus luchas. Un principio de igualdad que solo sea un armazón, carente de un significado político que justifique la existencia de determinados derechos, constituye un fundamento débil para la construcción de una sociedad democrática y vacía de contenido a los procesos de conquista de derechos.

2.3. Igualdad como emancipación:⁽⁷⁾ carta de navegación del sistema internacional de derechos humanos

Es razonable, explicable y hasta justificable que, en un primer desarrollo de los derechos humanos, el individuo haya ocupado un lugar central en el sistema internacional de los derechos humanos, frente a la necesidad imperiosa de evitar el avance de los Estados sobre sus derechos inalienables. De ese modo, los derechos individuales se convirtieron en la médula del sistema internacional de protección.

Pero con el paso del tiempo, y luego de que el sistema internacional de derechos humanos superara este primer escalón, la centralidad de la persona va dejando lugar paulatinamente a otras demandas tan genuinas y legítimas como las primeras, que solo pueden ser satisfechas considerando el carácter de colectivo de ciertos sujetos y no la mera suma de individualidades.

Con el objetivo de que el principio de igualdad adquiera sentido para la mirada de los pueblos indígenas, y como modo de no caer en posturas absolutistas o relativistas, ambas impotentes para explicar las profundas desigualdades que los someten, se postula una categoría que oriente la jerarquización de valores y derechos, que respete la cosmovisión indígena y su sistema de creencias y, a la vez, no viole el sistema de derechos humanos internacionalmente concebido.

En otras palabras, el respeto a la diversidad se enmarcará en el respeto a una serie de valores y derechos que encuentran su fundamento en la humanidad de los sujetos (ya sean individuales o colectivos). La diferencia estriba en su aplicación, ya que se privilegiarán unos u otros dependiendo de la situación de dichos sujetos, de las dinámicas que establezcan en su relación, de su contexto y del tiempo en que se desarrolleen.

A su vez, esta categoría se denominará “igualdad como emancipación”, dado que es una herramienta generada para que los pueblos indígenas puedan luchar por sus derechos y de ese modo alcanzar una igualdad real. Si fuera preciso presentar una conceptualización del principio de igualdad como emancipación, tal vez la idea más adecuada sea concebirlo como una carta de navegación que permite que el sistema internacional de derechos humanos —conformado por el conjunto de derechos identificados y definidos como prioritarios— determine el modo de su aplicación y su prelación frente a sujetos específicos.

Es por ello que las características que convierten a un derecho en emancipatorio —o lo que es lo mismo, en aquel que surge de la aplicación del principio de igualdad con este nuevo contenido— dependerá del sujeto del que se lo predique y del contexto y del tiempo en que se desarrolleen las relaciones o

(7) Entendemos por emancipación aquel proceso genuinamente descolonizador que permite que los pueblos indígenas como sujetos colectivos puedan preservar su cosmovisión, garantizando una calidad de vida que lo aleje de cualquier situación de subordinación o dependencia.

situaciones sociales, dado que la calidad de emancipatorio se adquirirá en razón de los requerimientos y las necesidades de los pueblos indígenas.

Para clarificar adecuadamente la idea: un derecho es emancipatorio cuando prevalece frente a un conflicto con otros derechos, luego de que su resolución se logre a través de la aplicación de un principio de igualdad —**igualdad como emancipación**— que se orienta a alcanzar una igualdad real entre los pueblos indígenas y los no indígenas, dando primacía a un derecho sobre otro.

Para ejemplificar, y como un modo de mostrar cómo juega el principio de igualdad como emancipación, pensemos en un caso concreto en donde colisionen dos derechos: el derecho a la tierra tradicionalmente ocupada por los pueblos originarios frente al derecho a la propiedad privada de un comprador posterior.⁽⁸⁾ En nuestra conceptualización, el derecho a la tierra de los pueblos indígenas tiene preeminencia sobre otros derechos en juego, dado que el goce de este derecho es condición necesaria de la supervivencia de su condición de pueblos.

Si suscribimos el concepto de igualdad como emancipación no dudaríamos en calificar el derecho a la tierra de los indígenas como un derecho que adquiere la calidad de emancipatorio y, por tanto, un derecho que tiene prioridad sobre cualquier otro. Esta es una tesis que difícilmente defenderían otras teorías de la igualdad ya señaladas, que solo pueden concebir como valiosos a los derechos predicables individualmente. Frente al ejemplo descripto, una igualdad despojada de historicidad, de identidad, del reconocimiento de la existencia de derechos colectivos no podría dejar de admitir el derecho del comprador posterior si cuenta con los respectivos títulos de propiedad.

Por ello, esos derechos que adquieren la calidad de emancipatorios tienen mayor capacidad para corregir los desajustes de sociedades desiguales. De ese modo, la tesis central es que la ilusión de trascendentalidad, que se refleja en la formulación de derechos universales, es superable. A la vez, permite evitar caer en un relativismo que conduce a un debilitamiento de los derechos. Todo ello, a través de la construcción de una nueva categoría conceptual que se convierta para los pueblos indígenas en un instrumento genuino para luchar por sus derechos.

La ilusión de trascendentalidad, cuando trata de profundizar el principio de igualdad, inevitablemente conduce a un etnocentrismo poco deseable. El intento de “colocarse al margen” de cualquier situación real para lograr la formulación de principios universales genera solo la construcción de una sociedad desde “determinados parámetros”, que se pretenden universales y que en realidad solo son referentes de la cultura occidental.

(8) El 14 de febrero de 2007, el pueblo mapuche recuperó un predio de 534 ha perteneciente —en los papeles— a Benetton, quien a su vez es “dueño” de un aproximado de 900 000 ha en la patagonia argentina. Actualmente, se está librando una batalla jurídica en donde la colisión de estos dos tipos de derecho es evidente.

Un ingrediente adicional en este análisis, y no menos importante, lo constituye el principio *pro persona*, concebido como un criterio interpretativo que informa todo el sistema de derechos humanos. Este principio que, en definitiva, se traduce como “estar siempre a favor de la persona” no deja espacio a los derechos colectivos (dentro de los que se incluyen los derechos de los pueblos indígenas) al excluir de su visión las condiciones necesarias para que determinados grupos humanos adquieran la posibilidad de vivir una vida digna (Pinto, 1997).

Si bien se puede argüir que este principio interpretativo da lugar a la protección de todos los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales (entre ellos, derechos que se predicen de grupos), es inevitable admitir que su formulación es producto de una perspectiva individualista que se asienta en una concepción abstracta de la persona, concebida aisladamente y no como parte de un contexto.

Un nuevo principio, “**pro emancipación**”, operaría entonces jerarquizando valores sin una pretensión de universalidad, evaluando cada situación en su contexto y aportando criterios objetivos fundados en el análisis de las condiciones históricas que se presenten.

Esquema de este apartado:

- *Concepto de igualdad clásica: insuficiente.*
- *Construcción de un principio de igualdad como emancipación.*
- *Igualdad entre individuos y entre pueblos.*

3. Instrumentos jurídicos internacionales

Las discusiones teóricas citadas en los párrafos precedentes sobre el principio de igualdad no han concluido, y se puede afirmar que estamos lejos aún de alcanzar un consenso alrededor de su contenido e implicancias. No obstante, se han plasmado algunas herramientas normativas que consagran un principio de igualdad entendido principalmente como aquel que privilegia la diferencia.

Transitamos desde las discusiones sostenidas alrededor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde se enfatizó la necesidad de universalizar valores para igualar las circunstancias del sujeto individual —concebido como la unidad de la cual derivan todos los derechos— hasta los debates más contemporáneos, en donde el surgimiento de sujetos colectivos imprime otros matices a la protección de derechos.

No solo las constituciones de la mayoría de los Estados latinoamericanos han receptado en sus formulaciones un reconocimiento explícito de la existencia —y preexistencia— de los pueblos indígenas y, por ende, la necesaria protección de sus derechos, sino que en las últimas décadas se han perfeccionado algunos instrumentos normativos internacionales tendientes a asegurar la protección de formas de vida que habían sido, en el mejor de los casos, ignoradas.

El Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) es la herramienta normativa por excelencia en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. En ella se reconocen derechos colectivos básicos como la propiedad comunitaria de la tierra, la libre determinación de los pueblos, el uso de la lengua, los derechos de participación, entre otros.⁽⁹⁾ La idea principal que subyace a su formulación es la necesidad de resguardar la cosmovisión de los pueblos originarios a través de herramientas que defienden sus derechos colectivos.

El Convenio 169 de la OIT se promulga cuatro décadas después de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, lo que permite seguir el rastro a los cambios de concepción que se producen en el seno de las propias organizaciones internacionales, en la conformación de los Estados y, en definitiva, en el escenario político; cambios que obligan a un replanteo de la inserción de los pueblos indígenas en el contexto internacional. Por una parte, avanza conceptualmente de manera notable con respecto al Convenio que le precede y que data de 1957, consagrando un paradigma superador de interacción con los pueblos. En segundo lugar, coloca en la agenda de los foros internacionales las discusiones alrededor de los derechos de los pueblos indígenas. En tercer lugar, dota a los pueblos indígenas de un instrumento imprescindible para la defensa de sus derechos.

El Convenio 169 de la OIT de 1989 viene a reflejar la importancia que adquirieron los pueblos indígenas en los foros internacionales y constituye —hasta el presente— uno de los instrumentos más importantes sobre el tema. Es relevante hacer notar que alrededor de este Convenio la discusión sobre los pueblos indígenas ha tomado otra dimensión en el contexto internacional.

Si tomamos como ejemplo solo una dimensión, la de respetar sus propias autoridades respetando también la resolución de conflictos haciendo uso de su propia justicia, los arts. 8°, 9° y 10, de acuerdo a las interpretaciones más extendidas, otorga a los pueblos indígenas el derecho de administrar justicia siguiendo sus propias pautas, a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones (en cualquier materia), generando una articulación en materia de justicia que sigue siendo un punto de discusión no menor al interior de los Estados. Como nota a pie, y dado su importancia, también menciona expresamente que deberá darse preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento (art. 10.2).

Otro aspecto destacable y que merece la pena señalarse es la obligación del Estado de articular un proceso de consulta a los pueblos indígenas para que participen de las decisiones que los afectan. Así, la Oficina Internacional del Trabajo en su momento expresó que “se adoptó una importante decisión conceptual en el sentido de reconocer explícitamente en algunas disposiciones que los pueblos indígenas y tribales deberían desempeñar un papel activo en la toma de decisiones y en la planificación y administración de los programas que les afecten”.

(9) Para una presentación más extensa de estos temas, ver: Ramírez (2006).

Este abanico de derechos demuestra hasta qué punto internacionalmente —y al menos en la letra de un instrumento jurídico— los pueblos indígenas adquieren otro estatus en la mirada general, y también es un signo ineludible de las transformaciones de las relaciones Estados-pueblos indígenas.

Finalmente, es interesante mencionar cuáles son las implicancias del Convenio 169, y las dificultades o escollos que ha encontrado su ratificación por parte de los Estados. Si bien van a cumplirse dos décadas de su nacimiento, aún persiste la reticencia de muchos Estados para incorporarlo a su normativa, dado que les genera desconfianza e incertidumbre las consecuencias que podría acarrearle en un futuro.

Sin embargo, afortunadamente, muchos Estados lo han ratificado y, lo que es más importante, están incorporándolo progresivamente a sus resoluciones,⁽¹⁰⁾ lo que constituye una señal más de la importancia de contar con un respaldo internacional que promueva el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Citar esta herramienta normativa es relevante en la medida que contempla un principio de igualdad que tiene presente los intereses y demandas de sujetos

(10) En Guatemala, el Convenio 169 —como única herramienta jurídica de protección de los derechos de los pueblos indígenas existentes— se ha convertido en una salida jurídica que permite conciliar la cuestión fáctica con la normativa, cerrando de alguna manera la brecha existente.

Así, y a modo de ejemplo, el auto de sobreseimiento en el juicio penal por el delito de robo agravado, n.º E.312.2003, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, con fecha 25/06/2003, invocando los arts. 8º, 9º y 10 de dicho Convenio, decide dictar el auto de sobreseimiento fundado en que “se dio una efectiva y legal aplicación del Derecho indígena”, y que esto se relaciona con el principio, *non bis in idem*, que establece que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

En una de sus partes más sobresalientes, destaca: “En el ejercicio del Derecho indígena (maya) se ha identificado tres procedimientos fundamentales, los cuales son: el diálogo, la consulta y el consenso, siendo sus características: la reparación, conciliación, dinamismo, función didáctica y la legitimidad adquirida por el aval de su pueblo. Así también al considerar tres de las más importantes recomendaciones para viabilizar el respeto y reconocimiento del derecho indígena siendo estas: A) en la necesidad de continuar avanzando en la construcción de un sistema nacional de Justicia para que parte de la realidad social existente que es multicultural, multiétnica y multilingüe. De un sistema que termine con la doctrina jurídica monista y positivista, que se basa en una visión de Estado representativo de un pueblo, con una cultura, un idioma y un único sistema de derecho. B) En el respeto a la diversidad jurídica existente que debe entenderse como un requisito fundamental para consolidar, fortalecer y legitimar el sistema nacional de justicia y que contribuya a su vez a consolidar el proceso de democratización por el que comienza a transitar el país. C) En la obligación que tiene el Estado Guatemalteco de reconocer y respetar los derechos colectivos que le son inherentes a los pueblos indígenas entre los cuales se encuentra el derecho a ejercer su propio sistema jurídico”.

De la lectura de esta disposición se advierte claramente que existiendo ya la disposición del juez para el reconocimiento, y al hacerse efectivo en las comunidades indígenas la resolución de los conflictos aplicando derecho indígena, el juez ha encontrado en el Convenio 169 (y también en una interpretación de las normas constitucionales) la justificación adecuada, y amparado en el principio del *non bis in idem*, ha permitido y reconocido que haya sido la comunidad la que entendió en el caso de robo. Cfr. Ramírez (2003).

colectivos (los pueblos indígenas). Asimismo, cotejarla con la Declaración de 1948 permite dejar expuestas las diferentes concepciones imperantes para demostrar lo dinámico de las relaciones entre sujetos y Estado, así como la centralidad adquirida por colectivos que luchan denodadamente para que sus derechos como pueblos sean reconocidos.

También en este instrumento —como en las cláusulas incorporadas en las últimas reformas constitucionales de los Estados latinoamericanos— se pone de manifiesto la necesidad de bajar a tierra las discusiones llevadas adelante en diferentes planos: el moral, el iusfilosófico y el político. En ese sentido, la defensa a rajatabla de la igualdad significa para los pueblos indígenas la posibilidad de defender sus derechos, estos últimos valorados de acuerdo al plexo axiológico de los propios indígenas.

Convenio 169 OIT: Derecho a la Consulta. Ratificado por Argentina en 2000, en vigencia desde 2001.

Otra herramienta jurídica internacional relevante es la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, suscripta en septiembre de 2007. En ella se vuelven a plasmar algunas de las discusiones de las últimas décadas. No es casual que su promulgación haya tomado más de una década y que en su contenido se advierte la ratificación de una concepción del principio de igualdad todavía amarrada a la idea de integralidad de los derechos humanos, que no avanza en la jerarquización de algunos sobre otros (dependiendo de la realidad que están regulando) y que carece de las distinciones necesarias para maximizar sus ámbitos de protección.⁽¹¹⁾

Si bien la Declaración reconoce plenamente, entre otros, el derecho de los pueblos originarios a la no discriminación y a la libre determinación, vinculando los derechos de autonomía y autogobierno a las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos, este reconocimiento no implica atribuirles jerarquía al conjunto de derechos contemplados.⁽¹²⁾

(11) Para una conceptualización de la perspectiva integral de los derechos humanos ver: Gros Espiell (1991, p. 17).

(12) Así, en sus últimos artículos, la Declaración dispone:

Art. 42: Los derechos reconocidos en la presente declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Art. 43: Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Art. 44: Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o anule los derechos que los Pueblos indígenas tienen en la actualidad o pueden adquirir en el futuro.

Art. 45, apartado 3: Las disposiciones mencionadas en la presente declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los

Entre sus disposiciones más importantes se destacan el reconocimiento radical y comprensivo de los derechos de los pueblos indígenas partiendo de su concepción de la vida y enfatizando los derechos a sus tierras, territorios y recursos. Asimismo, establece el papel que le toca desempeñar a las Naciones Unidas en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, principalmente en lo que se refiere al cumplimiento y aplicación por parte de los Estados de las obligaciones que imponen los instrumentos internacionales, en particular lo relativo a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas. Es de esperar que este nuevo instrumento contribuya, junto con el resto de la normativa internacional, a profundizar la lucha por los derechos de los pueblos originarios y, como consecuencia de ello, se afiance su respeto.

La Declaración de Naciones Unidas reconoce la igual dignidad de los pueblos, la libre determinación y profundiza los derechos ya contemplados en el Convenio 169 de la OIT. Ha sido suscripto por todos los países latinoamericanos, y en el texto de la propia declaración existen marcos regulatorios para que los Estados puedan hacer efectivos los derechos contemplados en ella.

La Declaración, entonces, establece el derecho de los pueblos indígenas de determinar libremente su condición política y formas de desarrollo y de participar en la definición de las políticas estatales, sin que esto signifique desmembramiento de la unidad política de los Estados. Los pueblos indígenas tienen una herramienta adicional para luchar por la defensa de sus derechos.

Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas: derecho a la libre determinación.

En julio de 2016, y después de muchos años de discusión, sale a luz la **Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**. Si bien en su momento tuvo la pretensión de ser un instrumento superador de la Declaración de Naciones Unidas, lo cierto es que prácticamente comparten el mismo contenido.

En uno de sus primeros artículos, aclara que la Declaración no menoscaba la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes (para ahuyentar cualquier interpretación que pueda conducir a la fragmentación estatal). Asimismo, establece el respeto a las instituciones jurídicas, sociales, políticas y económicas de los pueblos indígenas.

Sus contenidos transitan desde el respeto a las distintas formas indígenas de familia, la equidad de género y generacional, estableciendo el interés superior del niño. Por otra parte, contempla el derecho a la autonomía y la libre

derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.

Como puede verse, se tiene muy presente el principio de igualdad, pero todo presentando tan genéricamente que, aunque exprese respeto a la diversidad, este respeto es de muy difícil concreción en esos términos.

determinación, el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado y los derechos territoriales.

4. Constitución Nacional: desarrollo interpretativo del art. 75, inc. 17

La Constitución Argentina reformada en 1994 está inscripta en lo que llamamos “una matriz liberal” (matriz hereditaria de la Constitución de Estados Unidos), e incorpora (como lo hicieron en las décadas de los 80 y los 90 la mayoría de las constituciones latinoamericanas) un artículo que contempla el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

No obstante, la matriz liberal que mencionamos —traducida en la preeminencia de derechos individuales— se impone generando un fuerte contraste entre su línea filosófica clásica y aquellos enunciados que incluyen, o son más sensibles, a los derechos colectivos. Por ello, si bien se contempla en la reforma de 1994 la existencia de derechos colectivos, incorporando determinados tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), contemplando en el capítulo dedicado a “nuevos derechos y garantías” un derecho de tercera generación como lo es el derecho a un medio ambiente sano, y receptando por primera vez en su historia una norma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el art. 75, inc. 17, estas reformas no alcanzan para transformar una cierta estructura y visión de la Constitución, que aún queda amarrada a los postulados que le dieron origen.

Más allá de esta reflexión, es imposible dejar de reconocer que la incorporación del artículo ha sido un paso adelante en la lucha por la defensa de los derechos de los pueblos originarios, pero aún es insuficiente, y no satisface los últimos requerimientos en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.

El art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional de 1994 dispone:

Corresponde al Congreso:

(...) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Es indudable que esta norma constitucional expresa el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y constituye un avance notable con respecto a la vieja Constitución (que hasta ese momento preveía “el trato pacífico en las fronteras y la conversión de los indios al catolicismo”). Sin embargo, como la mayoría de los textos, es perfectible y susceptible de dotarlo de un mayor y mejor alcance. Después de más de dos décadas de vigencia, y de otros avances normativos en el contexto internacional (ratificación por parte de la República Argentina del Convenio 169 de la OIT en el año 2000 y suscripción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 y de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2016), ha sido posible identificar aquellos aspectos que ameritan un cambio en el marco de una nueva reforma constitucional.

4.1. Ubicación del artículo de reconocimiento

Con deficiente técnica legislativa, el constituyente incorporó el artículo de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17) en el capítulo cuarto que versa sobre las atribuciones del Congreso (dentro de la Sección Primera, del Título Primero de la segunda parte de la Constitución nacional, correspondiente a las Autoridades de la Nación). Esto no deja de ser curioso porque es difícil imaginar que sea una atribución del Congreso reconocer la preexistencia, cuando la Constitución ya está expresando claramente ese reconocimiento. Por otra parte, si bien puede contribuir a través de la formulación de leyes a garantizar determinados derechos, estos ya se encuentran incorporados a la normativa nacional a través de este artículo constitucional.

Por ello, sería aconsejable —y deseable— que la fórmula de reconocimiento hubiera sido incorporada en la primera parte de la Constitución, la que hace mención a los nuevos derechos y garantías. Principalmente, en el entendido que no solo el Congreso está obligado al reconocimiento, sino que el resto de los poderes del Estado (Ejecutivo y Judicial) tienen aún pendiente una inmensa tarea para honrar y cumplir cabalmente con esta disposición constitucional.

Incorporar esta cláusula constitucional en las atribuciones del Congreso no deja de tener un efecto distorsivo, dado que pueden discutirse sus alcances y confunde sobre la efectividad de los derechos incorporados. Si a eso le sumamos una matriz constitucional liberal asentada fundamentalmente en la idea de protección de los derechos individuales, no resulta claro cuál es el peso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas cuando están formando parte, entre otras muchas, de las competencias o atribuciones del Congreso y, según parece, se encuentran supeditadas a ellas.

4.2. Preexistencia de los pueblos indígenas argentinos

Sin lugar a dudas fue una incorporación feliz el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, dado que su existencia ante-

rior a la conformación de los Estados modernos es el fundamento principal de un abanico de derechos que encuentra en el derecho a la tierra y al territorio su núcleo más duro. La preexistencia así entendida los habilita para demandar legítimamente por el reconocimiento de participación, de consulta, del uso de su lengua, de educación bilingüe, solo por mencionar algunos.

Sin embargo, no puedo dejar de señalar el calificativo de “argentinos” que el constituyente incorporó para dar cuenta de los pueblos indígenas que habitan en un espacio geográfico determinado, el que conforma la jurisdicción del Estado argentino tal como hoy lo conocemos. Más allá del doble estatus que presentan los indígenas, miembros de un determinado pueblo —aymara, wichí, mapuche, toba, etc.— y ciudadanos del Estado argentino, lo cierto es que al hablar de preexistencia se hace mención a la prelación en el tiempo de los pueblos originarios con respecto a la construcción del Estado nacional.

Por ello, consideramos inadecuado expresar en la misma frase la preexistencia acompañada del adjetivo de argentino que calificaría a los pueblos indígenas. Sería deseable simplemente consignar la preexistencia de los pueblos originarios o indígenas que habitan el espacio geográfico que hoy conforma la República Argentina.

4.3. Personería jurídica

Dentro de las discusiones que originan el reconocimiento, y centralmente la convivencia y coexistencia armónica de indígenas y no indígenas bajo el paraguas de un mismo Estado, el otorgamiento de la personería jurídica a las comunidades genera un enorme debate. En primer lugar, diferentes leyes provinciales regulan la personería jurídica, lo que genera muchas veces solapamiento o contradicción, ya sea porque las comunidades son adjudicatarias de “dos tipos” de personería jurídica (la provincial y la nacional), o porque en ocasiones la provincia la otorga y la nación la deniega o viceversa.

Por otra parte, muchas veces los requisitos de la inscripción son numerosos y engorrosos para las propias comunidades; no es tan simple para ellos presentar una descripción de los mecanismos de designación y remoción de autoridades, de los mecanismos de integración y exclusión de sus miembros, descripción de sus pautas de organización, etc.

Pero lo más importante es que el registro de la personería se hace a través de normas de derecho civil que son totalmente ajena a sus formas de vida y a sus mecanismos de autorregulación. En otras palabras, la imposición de modos de organización que corresponden a nuestra tradición occidental nada tiene que ver con el respeto al otro y con la construcción de un Estado intercultural. Antes bien, significa —otra vez— que los modos de organización de los pueblos indígenas se subordinan a las formas organizativas que ya existen en nuestro Estado, y que se acerca mucho más a una imposición

(para acceder a determinados beneficios, litigar, etc., es preciso contar con la personería) por parte del Estado que a una vía de reconocimiento de su existencia.

Considero que más allá de un relevamiento que nos indique cuáles son las comunidades indígenas, y más aún cuál es su situación, cuáles son sus necesidades y sus demandas, etc., se debería dejar librado a cada pueblo asumir su forma organizativa sin determinar cómo deben hacerlo.

4.4. Propiedad comunitaria de las tierras

Una de las incorporaciones más relevantes en el art. 75, inc. 17 es, sin lugar a dudas, el reconocimiento de la “posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”. El concepto de propiedad comunitaria es totalmente ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y, en general, al pensamiento ius-filosófico que inspiró la Constitución original, y paradójicamente constituye el centro de los derechos y de los reclamos de los pueblos indígenas.

Más allá de incluirse en el texto constitucional, y contando con material normativo adicional, jurisprudencia nacional y jurisprudencia surgida del sistema interamericano de derechos humanos, es necesario clarificar su contenido y su alcance.

Obviamente que es imposible incluir en la Constitución una regulación más detallada como la que requiere la idea de propiedad comunitaria. Más allá de los instrumentos jurídicos internacionales que ya han sido mencionados, existe actualmente en Argentina —y con vigencia hasta noviembre de 2017— una ley de emergencia de la posesión de la tierra que tradicionalmente ocupan los pueblos originarios (ley 26.160), que suspende los desalojos mientras se realiza un relevamiento catastral. Todo lo cual ha permitido profundizar y avanzar en las discusiones sobre el contenido de estos derechos.

En la norma constitucional actual se habla solo de tierras, sin mencionar el territorio, derecho tan relevante como el primero, y que conforma una unidad con su derecho a la tierra. El derecho a la tierra y al territorio, entendiendo por este último todo el hábitat en el que los pueblos indígenas desarrollan su vida, es aquel imprescindible para la supervivencia de los pueblos y representa una parte inescindible de su cosmovisión y su espiritualidad, de allí su centralidad.

Una nueva Constitución y una nueva norma constitucional deben contemplar este derecho como un todo, destacándolo como aquel que forma parte del núcleo central de sus derechos y enfatizando que la titulación colectiva es condición imprescindible tanto de la posibilidad del ejercicio de numerosos derechos como del respeto a su identidad y a su condición de pueblos.

4.5. Recursos naturales

En el artículo mencionado se habla de asegurar la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten. Existe una tensión manifiesta entre los derechos del

Estado y los derechos de los pueblos originarios sobre los recursos naturales, y a su vez una “segunda tensión” entre las provincias y el Estado nacional sobre esos mismos recursos.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas habla explícitamente de “el derecho a poseer, utilizar y desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otra forma tradicional de ocupación o de utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (art. 26, inc. 2). De esta manera queda claro que deben existir acuerdos entre los Estados y los pueblos indígenas para la utilización de dichos recursos.

Y lo que es más importante, tanto en el Convenio 169 de la OIT como en ambas declaraciones ya mencionadas, se incorpora un requisito imprescindible en relación a estos derechos, “el consentimiento previo, libre e informado”, que deben prestar los pueblos indígenas para que el Estado pueda llevar adelante cualquier acción o emprendimiento que afecten de alguna manera sus tierras, territorios y recursos.

Un nuevo texto constitucional debería incorporar lo contemplado en la normativa internacional, principalmente en lo que respecta a la consulta, participación y consentimiento, para que no deje ningún resquicio de duda acerca de cuál debe ser la actitud estatal frente a conflictos alrededor de estos bienes.

4.6. Atribuciones concurrentes entre Estado nacional y Estados provinciales

Antes de la reforma de 1994 ya existían leyes provinciales que regulaban la relación entre las provincias y los pueblos originarios. Por una parte, existen realidades específicas y diferentes en cada una de las provincias que ameritan regulaciones especiales. Por otra parte, es propio de nuestro régimen federal establecer un espacio conjunto y un marco de negociación que permita llevar adelante relaciones permanentes entre los diferentes niveles de gobierno.

Ahora bien, sería deseable clarificar en este punto en qué consisten estas atribuciones concurrentes, y dejar bien señalado que existe mínimos comunes a todas las provincias, que deben ser respetadas por estas, y que encuentran precisamente su fuente en la Constitución Nacional. Principalmente, es preciso evitar las diferentes interpretaciones que puedan hacerse de la cláusula constitucional, que generen situaciones y disposiciones diferentes en cada uno de los Estados provinciales, y que sean traducidas en normativas muchas veces incompatibles o contradictorias.

Por ello, es importante contar con una legislación que a nivel nacional pueda profundizar y clarificar algunos de los puntos contenidos en la Constitución Nacional. Pero así también es relevante contar con una normativa constitucional autosuficiente en cuanto a las diferentes líneas de interpretación que genere.

4.7. Notas finales

La igualdad como principio y como derecho constituye uno de los pilares de nuestro Estado democrático, republicano y federal. Cuando se incluye en los textos constitucionales una norma específica que contempla los derechos de los pueblos indígenas, algunas concepciones ponen de relieve el trato diferencial y, por lo tanto, una evidente violación de este principio de igualdad.

Vale la pena entonces manifestar enfáticamente la incorrección de esta concepción y la relevancia del principio de igualdad que hace, precisamente, que se reconozcan los derechos de los pueblos originarios. La fórmula clásica del principio de igualdad, “tratar a todos los seres humanos con la misma consideración y respeto”, debe ser entendida en el caso de los pueblos indígenas como un “trato diferente” para poder incluir precisamente en ese trato una cosmovisión, una cultura, una espiritualidad diferente.

Es precisamente para honrar ese principio de igualdad que las constituciones en América Latina y los instrumentos internacionales incluyen un texto que deja consignado un abanico de derechos, y que también señalan como una suerte de “reparación histórica” el respeto a rajatabla de los mismos.

Esquema de este apartado:

Matriz liberal constitucional

Reforma Constitucional 1994: art. 75, inc. 17

- *Preexistencia.*
- *Propiedad comunitaria indígena.*
- *Educación intercultural.*
- *Personería jurídica.*
- *Gestión de los recursos naturales.*
- *Estado nación, Estados provinciales, pueblos.*

5. Las legislaciones secundarias de los diferentes países: inexistencia o insuficiencia

A partir de mediados de la década de los 80 y en el transcurso de la década de los 90 se produjo en toda América Latina un movimiento de reformas constitucionales que gestó en la región una clara política de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incorporando cláusulas constitucionales que —con diferentes formulaciones— admitían la preexistencia de los diferentes pueblos indígenas y sostenían la pluralidad étnica y lingüística de los Estados.

Ello, sumado a la ratificación de la mayoría de los países (con excepción de Chile, que lo ratificó tardíamente en 2008) del Convenio 169 de la OIT, produjo

un cambio notable en la legislación interna de los países. Entonces, se presentaron dos supuestos a los que había que dar respuestas:

- 1) *la adecuación de la legislación interna ya existente a la Constitución y a los instrumentos jurídicos internacionales, como por ejemplo códigos sustitutivos y adjetivos, legislación sobre tierras, etc.;*
- 2) *la formulación de leyes específicas, por ejemplo, la que armonice la relación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción oficial; o aquella que regule la propiedad comunitaria indígena.*

En este segundo supuesto, más allá de reconocer los derechos de los pueblos indígenas, las reformas constitucionales exigían una ley posterior que clarificara “los detalles” de la relación entre ambas jurisdicciones para establecer “reglas de juego” transparentes en el ámbito de la administración de justicia. O que estipulara los alcances de la propiedad comunitaria indígena reconocida en la Constitución argentina. En Bolivia, en 2010, se promulga la ley de deslinde jurisdiccional indígena, que intenta dar respuestas al primer supuesto (sin ningún éxito).

Las razones de esta ausencia legislativa pueden sintetizarse, por una parte, en la ausencia de voluntad política producto de las dificultades concernientes a la discusión parlamentaria de leyes con estas características; por otra parte, a la fragmentación del movimiento indígena y a las diferencias entre las propias organizaciones indígenas que no pudieron aunar posturas sólidas para presionar a los Estados.

También es importante destacar que a partir de la obligatoriedad —establecida en el Convenio 169 de la OIT— de consultar a los pueblos indígenas en los temas que les atañe, existen sectores políticos no dispuestos a compartir con actores indígenas la promulgación de normas específicas.

Ciertamente, y a partir de dichas reformas constitucionales y de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y de la reciente Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas los derechos son operativos y no programáticos. Sin embargo, también debemos admitir que existen demasiados aspectos de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas que no pueden ser contemplados en la normativa constitucional y supranacional, y que con el objeto de no dejar espacios vacíos que podrían ser llenados por una interpretación arbitraria, es importante contar con legislación que pudiera disipar cualquier duda en cuanto a la interpretación y consiguiente protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Es destacable mencionar otro tipo de realidades que confunden aún más el panorama normativo. Gran parte de la legislación (códigos penales y civiles, códigos procesales penales, legislación de tierras, etc.) no se ha adaptado a la nueva legislación internacional, por lo cual, a contrapelo de lo dispuesto constitucional e internacionalmente, los jueces siguen aplicando la normativa no actualizada.

Sería reduccionista pensar que esto es debido simplemente a la ignorancia o falta de actualización de los jueces, sino que existen múltiples intereses —principalmente económicos— que condicionan las decisiones judiciales hasta el punto de ignorar el Convenio 169 y lo dispuesto constitucionalmente.

Vayamos a algunos ejemplos que pueden clarificar este panorama. En **Bolivia** ya en el año 1995 se inició la elaboración de un anteproyecto de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.⁽¹³⁾ Las dificultades que conllevaba la discusión parlamentaria de este anteproyecto (nunca pasó a ser proyecto) impidió que finalmente pudiera llegar a promulgarse, principalmente, como ya señalé anteriormente, porque no existía ningún proceso previsto para llevar adelante la consulta y participación prescriptas en el Convenio 169.

En 2010 se aprobó la Ley de Deslinde Jurisdiccional, cuyos principios son la libre determinación y el autogobierno de los pueblos indígenas, y principalmente la profundización del proceso de descolonización contrapuesto a las políticas de reconocimiento de las anteriores décadas. A pesar de la declamación de estos principios, la ley es regresiva con respecto al Convenio y la Declaración, recortando inexplicablemente las competencias de la jurisdicción indígena. Actualmente existen fuertes reclamos para que sea derogada.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional debe servir, técnicamente, para evitar superposiciones con la justicia ordinaria, así como para alcanzar un fortalecimiento del derecho propio de los pueblos indígenas. Políticamente, esta ley deja finalmente establecido el principio del pluralismo jurídico, contribuyendo a la conformación de un Estado diferente, dado que se supera el monopolio de producción de normas por parte de las instancias del Estado tradicionales para abrir la posibilidad de que las instituciones indígenas también puedan ser consideradas como generadoras de normas dentro de la órbita de un mismo Estado.

En **Venezuela**, se promulgó en 2005 la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas, que regula aspectos diversos que comprende desde el hábitat y la demarcación de su tierra hasta la gestión de sus recursos naturales. Asimismo, abarca temas tan relevantes para los pueblos indígenas como los derechos sociales, que incluye la regulación sobre los derechos laborales y los derechos a la salud.

En **Argentina** existe legislación secundaria específica, o distintos tipos de normativa que regulan los temas vinculados a los pueblos indígenas, pero lo

(13) Este anteproyecto fue iniciativa en aquel entonces del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, enmarcado en lo que hoy se conoce como la reestructuración del Estado en base a las políticas neoliberales delineadas por el Banco Mundial. Si bien es correcto que la iniciativa fue desarrollada en ese marco político y económico, también es destacable que esta formulación fue pionera en la región y que contó con el apoyo de un equipo que dotó de seriedad y calidad a todo el proceso.

hacen desde un modelo estatal al menos perimido en lo discursivo, pero que sigue conservando su corte integracionista.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorpora el reconocimiento explícito de los derechos indígenas. En ese sentido, se reconoce la preexistencia de los pueblos originarios y hasta la propiedad y posesión de la tierra que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17). A pesar de la vigencia de normativa constitucional y del Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que la protección de los derechos indígenas en Argentina es insuficiente.

Es así que existe una brecha notable entre los instrumentos normativos que contemplan los derechos indígenas y las políticas públicas del Estado que deberían promover su vigencia. Las políticas públicas referidas a la temática son cuanto menos erráticas y vagas. Si bien existen instancias públicas específicas que se encargan de ser los interlocutores de los pueblos originarios (solo por mencionar las nacionales, podemos señalar el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas –INAI–, la Secretaría de Derechos Humanos, el Instituto Nacional contra la Discriminación –INADI–, la Dirección de los Pueblos Originarios de la Secretaría del Medio Ambiente, a las que podemos sumarle el Defensor del Pueblo), el trabajo de todas en ocasiones se solapa, no existen deslindes claros de la función de cada una de ellas, y en definitiva se desconoce cuál es el eje principal de las políticas del Estado en el tema indígena.

Como conclusión preliminar podemos afirmar que los derechos indígenas no forman parte –al menos en un sentido relevante– de la agenda pública del Estado argentino. Se llevan adelante acciones coyunturales y espasmódicas que no alcanzan para proteger los derechos regulados en la Constitución Nacional. Se hace preciso, al menos, clarificar la relación –en el siglo XXI– entre los pueblos originarios y el Estado argentino.

Es por ello que los avances en la protección de los derechos indígenas han sido más relevantes en el plano normativo que en el de la praxis. Junto con el regreso de la democracia se creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y se promulgó una ley específica (n.º 23.302) en 1985. Si bien en su momento fue considerado como un avance del movimiento indígena y la lucha por sus derechos, en la actualidad es un símbolo de las dificultades de convivencia de los aparatos gubernamentales y los pueblos indígenas.

Esta ley, si bien tuvo la bondad en su momento de generar una instancia estatal que se ocupara de los temas relacionados con los pueblos indígenas, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, en la realidad nunca representó un interlocutor válido para las demandas y reclamos de los pueblos indígenas.

Esta ley también se ocupa de derechos tales como salud, educación y del tema tierras, pero sin abandonar el paradigma estatal integracionista. Tal vez uno de sus rasgos más característicos es la concesión de la personería jurídica

a las comunidades indígenas, así como la determinación del modo en que dicha personería puede adquirirse.⁽¹⁴⁾

En cuanto a legislación central y significativa para la vida de los pueblos indígenas, es relevante mencionar la Ley 26.160 de Emergencia de la Propiedad Indígena, de 2006 con dos prórrogas. Esta ley suspendió los desalojos de las comunidades indígenas por tres años, y entre tanto la autoridad de ejecución (el INAI) debería llevar adelante las tareas necesarias para realizar la mensura de las tierras que actualmente ocupan los pueblos y comunidades indígenas.

No es arriesgado afirmar que nuestras constituciones exigen cambios más profundos que puedan reflejar Estados democráticos inclusivos. Estos textos deberían traducir acuerdos en el marco de diálogos horizontales, que pudieran imprimir paradigmas diversos a los establecidos en las lejanas épocas de la independencia.⁽¹⁵⁾

Esto último es formulado como un presupuesto general. En particular, y en el caso de Argentina, debe existir un marco diferente en la Constitución Nacional, y son las constituciones provinciales las que deben también realizar el esfuerzo democrático de debatir con los pueblos indígenas acerca de su futuro. Por lo cual no es aventurado afirmar que es insuficiente la incorporación de cláusulas aisladas en las constituciones sin tener presente una modificación radical que aumente la participación, de modo tal que las decisiones relevantes puedan tomarse conjuntamente.

Esquema de este apartado:

- *Instrumentos jurídicos internacionales y constituciones operativos y no programáticos.*
- *Relevancia de una adecuada legislación secundaria que garantice los derechos indígenas.*
- *Inclusión en la legislación ordinaria de la dimensión colectiva de los pueblos indígenas.*

6. Descentralización y políticas públicas y indígenas

En Argentina se debe prestar una atención especial a las constituciones provinciales y a los cambios que pueden generarse desde el ámbito local. En un sistema federal como el argentino, donde la revalorización de lo local y la importancia de la descentralización forman parte de sus fundamentos, las transformaciones que se producen en el nivel provincial son una caja de resonancia de efectos directos. No es casual que las luchas de los movimientos indígenas

(14) La personería jurídica y su otorgamiento es tema permanente de debate. Les impone a los pueblos indígenas un modo de organización interna que le es totalmente ajena y que responde a nuestros propios paradigmas organizativos.

(15) Es de esperar que las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia finalmente sean la ruptura de nuestra historia con los pueblos indígenas y se presenten como un nuevo desafío para la construcción de un genuino Estado intercultural.

se hayan trasladado a la Convención Constituyente de Neuquén o a la Convención Constituyente en la provincia de Tucumán. En Neuquén, después de un intenso proceso de negociación, el pueblo mapuche logró la incorporación de un artículo similar al que fue incorporado en la Constitución Nacional en 1994.

En segundo lugar, y como un presupuesto para la acción, es preciso distinguir las coincidencias en el plano valorativo (principios tales como el de igualdad, inclusión e identidad son en términos generales admitidos y aceptados por todos los sectores) de la capacidad de trasladarlos a las prácticas concretas. Esta consideración merece un análisis más pormenorizado. Muchas veces existe una claridad palmaria a un nivel conceptual que permite traducirlos en debates, en leyes, en materiales de difusión pero que no pueden dar el salto para trabajarlos en un proyecto concreto de transformación. Paradójicamente, esa claridad en un plano teórico no se condice con acciones que tengan un impacto claro, ya sea porque se carece de cierto acceso a “lugares de poder” imprescindibles para provocar cambios, ya sea porque los equilibrios que exigen algunas decisiones políticas son inestables y requieren de una firmeza en la conducción nada fácil de alcanzar

En tercer lugar es importante destacar la relevancia de distinguir los contextos de los diferentes países y —en el caso de Argentina— marcar las diferencias entre las regiones y los diferentes Estados provinciales. La necesidad de realizar un análisis más particularizado responde a las características distintivas, tanto de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional como de las provincias en donde se concentran. Por ello, no es lo mismo los planteos que deben ser discutidos con los gobiernos provinciales de Neuquén o de Salta, por ejemplo, que la incidencia que pueda tener el tema indígena en otras provincias con menor presencia —y por ende menor incidencia— de comunidades indígenas.

Esto último, si bien puede ser considerado obvio, no lo es cuando se trata de tomar medidas concretas que se correlacionan con demandas claras, y que también son parte de la política pública de un Estado federal.

Lo central, entonces, es tener en claro cuáles son los principios y presupuestos de los que se parte e identificar cuál es el mínimo exigible al Estado para que este haga frente a los problemas que se presentan. Luego, evaluar detenidamente el estado de situación en cada uno de los países, el marco normativo con el que se cuenta y la organización política del Estado.

Por último, formular políticas preferentes en función de dicha evaluación, generando mecanismos que respondan a realidades diferentes, y fundamentalmente llevar adelante esta tarea en conjunto con los pueblos indígenas.

Esquema:

- *Estado federal*
- *Estados provinciales*
- *Políticas públicas diferenciadas*

Es relevante diseñar una nueva estrategia que conduzca al plano de la acción y que posibilite tomar medidas concretas en los conflictos que se producen frecuentemente y que en ocasiones se agudizan.

Esta estrategia debe constar de, al menos, tres fases. En primer lugar, se debe conocer con detalles los principales puntos de conflicto. En esta primera fase no se debe volver solo a apelar a diagnósticos descriptivos o etnográficos, sino que es preciso contar con información que focalice sobre las demandas, sobre el modo de canalizarlas, identificando quién debe dirimir los conflictos, cuáles son los intereses en juego, etc.

En segundo lugar, es necesario realizar un análisis de las posibilidades reales para dar inicio a una etapa de consulta, negociación y consenso. Es notable cómo la carencia de información cierta —aunada a la falta de diálogo— conspiran contra la buena marcha de un proceso que cada vez se vuelve más incierto.

En tercer lugar, este consenso debe traducirse obligatoriamente en acciones concretas. Muchas de las razones que no hacen sino afianzar la falta de credibilidad de la que goza el Estado frente a los pueblos indígenas giran alrededor del incumplimiento de promesas, de dilaciones en el tiempo, de falta de seriedad de las instancias gubernamentales encargadas de llevar adelante los acuerdos establecidos.

Esta estrategia u orientación de las acciones propuesta no representa ni complejidades adicionales ni siquiera una inversión desmedida de recursos del Estado. Solo tiene la pretensión de presentar en una forma sencilla posibles caminos para diseñar una política pública concreta que supere los desencuentros históricos a los que ya hemos hecho mención.

Esquema de este apartado:

- *Primera fase: principales puntos de conflicto.*
- *Segunda fase: consulta, negociación y consenso.*
- *Tercera fase: acciones concretas.*

7. Jurisprudencia: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tribunales constitucionales y sentencias nacionales

La instalación progresiva de la “cuestión indígena” en el ámbito de la justicia, y principalmente la necesidad de delinear estrategias judiciales como un modo de empujar al Estado a formular políticas públicas de alcance general, han prohijado la búsqueda de soluciones en los tribunales de justicia.

Sin embargo, esto no significa de ningún modo que los tribunales sean especialmente sensibles a los derechos indígenas. Antes bien, son refractarios a las demandas. Las razones son múltiples pero pueden reducirse al hecho de que no lo conocen a profundidad, que la jurisprudencia es oscilante a pesar

de que los tribunales internacionales ya cuentan con algunos fallos paradigmáticos y que los intereses económicos en juego en la mayoría de los casos son cuantiosos.

Frente a este panorama, y no obstante no contar con jurisprudencia extendida ni favorable particularmente a los pueblos indígenas, creemos que la vía judicial se ha convertido en un camino fructífero —uno de varios— para seguir explorando. Políticamente, es relevante sensibilizar a los Poderes del Estado. El Poder Judicial, sin lugar a dudas, juega un rol relevante en el reconocimiento de los derechos indígenas.

A nivel internacional existen algunos fallos que marcan una tendencia clara de respeto y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.⁽¹⁶⁾ Así, podemos mencionar el fallo pionero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “**Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**”, del 31 de agosto de 2001, en el que se demanda al Estado de Nicaragua en razón de que Nicaragua no demarcó las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni ni tomó medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. Por otra parte, otorgó una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no garantizó un recurso afectivo para responder a las reclamaciones de las comunidades sobre sus derechos de propiedad.

En un detallado fallo la Corte resuelve por mayoría que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; asimismo violó el derecho a la propiedad; prescribe que el Estado debe adoptar en su derecho interno las medidas legislativas y administrativas para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres. Finalmente, ordena que el Estado realice inversiones por concepto de reparación del daño inmaterial en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad.

Otro de los fallos destacables es el que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2008 en el caso “**Saramaka vs. Surinam**” sobre el derecho al territorio y a la consulta previa:

La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka (una comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam). La comisión alegó que el Estado ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho

(16) En este manual existe un apartado específico sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No obstante, se decidió dejar estos casos aquí, de modo ejemplificativo, para mostrar las diferentes dimensiones en las que la jurisprudencia es relevante.

a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

La sentencia en un largo considerando establece entre otras cosas que:

... el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

En cuanto a las jurisprudencias estatales, podemos destacar la que se desprende de la tarea de la **Corte Constitucional de Colombia**, tribunal ejemplar en América Latina por la calidad de sus sentencias y la riqueza de sus argumentaciones.

En la sentencia T-030/00 sobre un caso en que están involucrados los menores del Pueblo U'WA,⁽¹⁷⁾ en donde se discute el regreso de dichos niños a su comunidad y las medidas de protección que le son exigibles al Estado, se advierte claramente la presencia de un mecanismo de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.

Brevemente, el caso puede describirse del siguiente modo. En febrero de 1999 nacieron los gemelos pertenecientes a la comunidad indígena de los U'WA asentada en el municipio de Aguablanca. Los menores fueron trasladados del hospital al centro de salud en donde el padre manifestó que deseaba dejarlos allí, pues era imposible llevarlos al seno de su comunidad, dado

(17) Para un análisis pormenorizado de este caso, ver Sánchez Botero (2006).

que la misma repudiaba los nacimientos múltiples por considerar que estos la contaminan, siendo la tradición que una vez que se presente el parto, los niños sean dejados en el lugar de nacimiento para que “la madre naturaleza se encargue de ellos”.

Ante esta situación, y con el objeto de proceder a entregar los menores al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en el centro de salud se le solicitó al padre firmar una autorización en la cual expresa que “... consiente la adopción de sus menores hijos, dado que por razones culturales ellos no pueden quedarse junto con su familia”.

La Defensora de Familia abrió la investigación correspondiente y entregó los menores a un hogar sustituto especial. El padre de los menores rindió declaración dentro del proceso de protección que había iniciado la funcionaria, manifestando la imposibilidad de llevar a sus hijos a la comunidad dado que las autoridades indígenas no lo permitían, por lo que era preferible dejarlo transitoriamente al cuidado del ICBF.

La Dirección General de Asuntos Indígenas, previo un análisis sobre las características culturales y las condiciones sociales del pueblo de los U'WA, reitera que dicha comunidad considera que los niños nacidos con graves defectos físicos o en partos múltiples no son hijos del dios Sira (creador del mundo U'WA), y por lo tanto son de una raza diferente que los hace improductivos y portadores de enfermedades, por lo que su presencia los contamina, motivo por el cual la tradición ordena que estos se dejen en el lugar de nacimiento para que la naturaleza se encargue de recogerlos.

Las autoridades U'WA manifestaron que, amparados en las normas de la Constitución, el Código del Menor y los tratados internacionales, ellos habían tomado la decisión de que los gemelos permanecieran bajo el cuidado del ICBF, tiempo durante el cual adelantaría las consultas pertinentes al interior de la comunidad, con base en las cuales adoptaría una decisión definitiva.

La Defensoría del Pueblo apoyó la solicitud elevaba por las autoridades tradicionales del Pueblo U'WA al ICBF, en el sentido que de que se abstuvieran de entregar en adopción a los menores, hasta tanto esa comunidad no tomara una determinación definitiva y concluyera el proceso de ayuno y purificación que sus tradiciones ordenaban a los padres de los gemelos; anota igualmente que no se puede desconocer que las tradiciones culturales y los sistemas normativos de ese pueblo difieren sustancialmente del sistema de valores y de las normas que rigen otras culturas.

Por su parte, la Directora de la Casa de la Madre y el Niño decidió interponer acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a través de la cual solicitó protección inmediata para los derechos fundamentales a la vida, a la salud y para el derecho a tener una familia de los menores indígenas que bajo medida de protección le habían sido encomendados, solicitando a su vez que impidiera el regreso de los menores a la comunidad U'WA,

pues el mismo, según ella, implicaría exponerlos a graves amenazas contra su vida, a torturas y a tratos crueles e inhumanos o degradantes.

Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la tutela, por lo cual la Defensora de Familia continuó con el proceso administrativo de protección y ordenó que se iniciaran los trámites de adopción. Dicha decisión fue impugnada por los padres de los menores y por el asesor jurídico de la Comunidad U'WA. Conoció del recurso la Directora Seccional de la Agencia Arauca del ICBF, quien revocó la decisión de la Defensora de Familia y en su lugar ordenó que los menores retornaran al seno de su familia y de su comunidad.

Finalmente, se hace cargo de la revisión de la tutela la Sala Séptima de la Corte Constitucional. La misma debe revisar las medidas competentes adoptadas por funcionarias del ICBF y definir cuál de ellas correspondía a las decisiones de los jueces constitucionales, ya que las mismas fueron contradictorias. Asimismo, la Sala de Revisión debe establecer si la decisión de los jueces desconoció o vulneró los principios constitucionales que reconocen y protegen la diversidad étnica de la Nación.

Es relevante para la resolución de este caso tener presente que la tradición que señalaba a los integrantes de la comunidad indígena de los U'WA el rechazo a los menores nacidos en partos múltiples, y por ende dejarlos en el lugar de nacimiento para que la madre naturaleza se encargara de ellos, ha perdido arraigo, y por eso al presentarse el caso de los gemelos la misma decidió adelantar un proceso de consulta y reflexión interna, con miras a evaluar su pertinencia y a reelaborar y recontextualizar su contenido.

La Corte Constitucional resuelve confirmar la sentencia de primera y segunda instancia mediante la cual tuteló los derechos a la salud, a la vida y a tener una familia de los menores y levantar la suspensión de la resolución que había ordenado regresar a los niños a la comunidad, advirtiendo que el cumplimiento de los dispuesto en la resolución deberá estar precedido de la conformación de un grupo de especialistas que determinará cuándo es el momento oportuno para el traslado de los menores a la Comunidad U'WA.

Como se desprende de las sentencias presentadas, la labor de los poderes judiciales es relevante a la hora de reducir —o en algunos casos ampliar— la “brecha de implementación” de los derechos contemplados en los instrumentos normativos nacionales e internacionales. En estos casos, ya sea a través de sentencias que provienen de la máxima instancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya sea a través de sentencias de Corte Constitucional en el caso colombiano, los jueces van perfilando también la relación que se establece entre Estado y pueblos indígenas, y en ese sentido es que adquiere una relevancia notable la administración de justicia en la definición de la interacción siempre traumática y cambiante.

En **Argentina** existe un conjunto de casos que se destacan por su reconocimiento a los derechos indígenas. Uno de ellos es el caso “Las Huaytekas”

en la provincia de Río Negro. La Empresa Forestal Rionegrina SA compró una parcela ubicada en el lote 82 de los parajes Los Repollos y el Foyel, en el oeste rionegrino próximo a Bariloche.

Las tierras estaban ocupadas tradicionalmente por la comunidad mapuche Las Huaytekas, un nombre que evoca al milenario bosque cipresal de Las Huaytekas. El pleito se exacerbó en 2010, cuando en un encuentro comunitario se decidió que, además de realizar las prácticas tradicionales de rogativa en el bosque, la comunidad pasará a vivir en esas tierras, ocupándolas con viviendas. En ese momento, el empresario forestal presentó la demanda que culminó con la cautelar que ordenó el desalojo.

El Tribunal Superior de Río Negro no rechazó los planteos legales comunitarios, decisión que fue apelada ante la Corte Suprema, que ya en 2013 frenó el desalojo, pero sin pronunciarse sobre el tema de fondo. En su resolución, el Máximo Tribunal adhirió al planteo de la Procuradora, quien argumentó que el desalojo “afectaría el derecho a poseer comunitariamente y, por lo tanto, se impediría conservar el vínculo especial que estos pueblos mantienen con la tierra y el territorio, que representa el centro de su cosmovisión”.

Es la primera vez que la Corte interpretó el alcance de la ley 26.160 así como el valor probatorio del relevamiento del art. 3º de la ley 26.160, realizado en este caso por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Con relación al alcance de la ley 26.160, la Corte la encuadra como corresponde: en el tercer escalón de la jerarquía normativa, por lo tanto debe armonizarla con respecto las normas superiores que regulan la materia indígena.

Por primera vez en un fallo de la Corte Suprema se hace referencia al término de territorio indígena. El fallo introduce la noción de “territorio indígena” al expresar que el art. 13 del Convenio 169 de la OIT define la obligación estatal de respetar la especial relación que los indígenas tienen con las tierras y con el territorio y en particular los aspectos colectivos de esa relación. “El término tierras incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Por otra parte, en **“Comunidad Eben Ezer”** la Corte trató un recurso de hecho referido a la desafectación y venta de dos lotes pertenecientes a la Reserva Pizarro en la Provincia de Salta. La **Comunidad Wichi Eben Ezer** había iniciado acción de amparo contra la provincia de Salta y el Ministerio de Empleo y la Producción, con motivo de la ley local 7274 mediante la cual fueron desafectados como reserva natural los lotes fiscales N° 32 y 33, y se habilitó al Poder Ejecutivo provincial para ponerlos en venta por vía de un proceso licitatorio. Tal como había ocurrido en el caso **“Comunidad Hoktek T’oi”**, la Corte de Salta desechó la acción por entenderla improcedente, lo que fue cuestionado por el Tribunal, con cita del caso **“Outon”** (Fallos: 267:215), al apartarse del objeto de las demandas de amparo, es decir “la tutela inmediata de los derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional”. Se trata de

una sentencia constitutiva de esta nueva era de los derechos indígenas. La Corte sale de la timidez de “Hoktek T’oi” y expresa sin ambages:

Que, por lo demás, el carácter disvalioso del resultado al que condujo la conclusión censurada puesto que importó para la Comunidad, lisa y llanamente, la clausura *in limine* y definitiva de toda revisión judicial de los dos aspectos en juego, vale decir, la actividad legislativa y ejecutiva comprometidas se ve incluso fuertemente agravado a poco en que se repare en los singulares bienes jurídicos puestos en la liza. “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas —tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos— corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [Y]. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, sentencia del 17-6-2005, Serie C, n.º 125, párrs. 135 y 154, entre otros).

8. Principales derechos reivindicados por los pueblos indígenas

8.1. Pueblos indígenas como sujetos políticos.

Derechos a la libre determinación y a la autonomía

La historia de los movimientos indígenas no es unívoca, sino que por el contrario presenta matices y claroscuros, e historias dentro de la propia historia. Es preciso diferenciar contextos, precisar países, identificar las características de cada uno de los pueblos indígenas que habitan América Latina, y a su vez cada uno de los Estados en que se desarrollan. Sin embargo, y con estas diferencias, es indiscutible que los movimientos indígenas, con mayor o menor organización, han contribuido notablemente a su reconocimiento como pueblos.

Si entendemos por movimientos indígenas el conjunto de comunidades, organizaciones indígenas, líderes que con su lucha tienen por objetivo alcanzar algunas de las reivindicaciones que persiguen (la propiedad comunitaria de la

tierra, el reconocimiento de su identidad, por ejemplo), es difícil en unas pocas páginas presentar un relato, aunque resumido, de su historia en Latinoamérica. Muchos tienen su génesis en la conquista y subsisten hasta nuestros días.

Existen divergencias en las acciones a emprender entre los diferentes pueblos (por ejemplo, mapuches, kak'chiquiles, kollas, aymaras, wichiés, zapotecos, etc.) como así también al interior de estos pueblos. Por ejemplo, las organizaciones del pueblo mapuche no poseen una sola estrategia para luchar por la defensa de sus derechos y tampoco —muchas veces— coinciden en las prioridades de su agenda.

Esto puede ser evaluado como una debilidad o como una fortaleza. En la medida en que las estrategias sean diversificadas, podrán mostrar una mayor flexibilidad para negociar con el Estado, y consiguientemente tendrán más elementos para alcanzar satisfactoriamente sus fines.

Sin embargo, se impone la lectura que indica que la falta de unidad es una debilidad. Las faltas de acuerdo del movimiento indígena son aprovechadas muchas veces para socavar la legitimidad de sus demandas. Asimismo, el Estado siempre ha utilizado técnicas cooptativas que afectan también las relaciones internas de las distintas organizaciones indígenas.

Cuando las demandas, las reivindicaciones, las protestas son dirigidas a los Estados, que son los que tienen la potestad de dar respuestas ciertas, y cuando se pretende construir un Estado en el que los diferentes pueblos —entre ellos los pueblos indígenas— puedan hacer escuchar sus voces, el delicado equilibrio entre colaborar en dicha construcción y sostener los reclamos se complica notablemente.

Es usual que la incorporación de algunos líderes indígenas a las estructuras estatales plantea un dilema. O se aprovecha la oportunidad de incidir y provocar cambios desde el Estado, que se ha conformado históricamente como “el adversario” de los pueblos indígenas; o esta incorporación significa un debilitamiento de los pueblos indígenas, dado que el Estado coopta a sus principales referentes.

Superar este dilema interpela permanentemente a todos los actores. El Estado muchas veces convoca a los referentes de las comunidades indígenas de buena fe, sumando a sus instancias a quienes mejor pueden defender los derechos de sus pueblos. Por otra parte, la discusión al interior de las comunidades alrededor de la corrección o no de la estrategia de ocupar ciertos espacios ofrecidos por el Estado, o por el contrario la decisión de conservar una posición equidistante que significa no confundirse con quien mantiene relaciones conflictivas y con ciertas dosis de tensión, no deja de ser paradójica.

Y ciertamente no existe una sola respuesta correcta. El análisis debe hacerse caso por caso, para poder dirimir si se contribuye con la construcción de un Estado intercultural o si, por el contrario, se solidifican las estructuras de dominación.

De lo que no existen dudas es de que se vuelve imprescindible ahondar las relaciones entre Estado y pueblos indígenas, que la fortaleza de los movimientos indígenas es un ingrediente fundamental para esta interacción, y que más allá del reconocimiento formal de los derechos indígenas, es necesario contar con movimientos indígenas que mantengan intacto el espíritu de la lucha y que conserven en alto la bandera de sus derechos.

Sin embargo, también se hace preciso reconocer que en los últimos años las organizaciones indígenas se han fortalecido, convirtiéndose en interlocutores calificados. Que cada vez más los líderes indígenas están tomando cierta preeminencia y que a través de sus reclamos se van perfilando ciertos cambios.

Por otra parte, también se están dando casos de un trabajo mancomunado entre líderes indígenas e instancias gubernamentales. De ese modo, el Estado, a la vez que abre el juego, cuenta con recursos humanos valiosos que conocen el terreno (dada su condición de indígenas), y los pueblos indígenas pueden aprovechar muchas veces inversiones de organismos internacionales para mejorar su propia calidad de vida a través de la ejecución de proyectos. Por supuesto que nada es lineal y las ventajas o desventajas deben analizarse caso por caso.

Si esto beneficia la relación entre pueblos indígenas y Estado o si, por el contrario, debilita al movimiento indígena al ser cooptado por el mismo Estado es un dilema aún no resuelto. Pero lo cierto es que ha instalado otra dinámica en las relaciones.

De lo que no cabe ninguna duda es que las organizaciones indígenas se solidifican en su posicionamiento cuando negocian con el Estado ciertas reivindicaciones, y el Estado también se ve beneficiado por una práctica de diálogo que lo clarifica en sus posturas y que aporta a su propio diseño de políticas públicas.

De todos modos, hasta que las estructuras estatales y los pueblos indígenas puedan evaluar los frutos de los pactos que se establezcan, y así entender que uno de los pocos caminos imaginables para transitar es aquel que reúna a todas las partes, en el que se expresen claramente todos los intereses, con la convicción de que solo la construcción de consensos puede aportar a la construcción de nuevas repúblicas, seguiremos moviéndonos circularmente, sin que las organizaciones indígenas puedan acumular poder por sí solas, y sin que el Estado pueda legitimar sus acciones.

Este estado de situación puede soslayarse en la medida en que la base de legitimación del Estado cuente también, en el caso de Argentina, con el apoyo de las minorías. De no ser así se socava la democracia y se debilita uno de sus sustentos.

8.2. Pueblos indígenas y el acceso a la tierra y al territorio. Derechos territoriales

Cuando se debate alrededor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es indiscutible que el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra es el que surge con mayor fuerza. En el apartado anterior afirmamos

que establecer una jerarquización de derechos no era pertinente, ya que cada uno de ellos sostenía y daba contenido al siguiente, y así sucesivamente. Sin embargo, el “derecho por excelencia” que los movimientos indígenas reivindican y por el que luchan es, sin lugar a dudas, la propiedad colectiva de la tierra.

La centralidad de este derecho tiene su razón de ser. La cosmovisión de los pueblos indígenas, su forma de vida y su cultura, se nutre de la tierra que habitan. Cultural y espiritualmente, la relación que establecen con ella es trascendental para sus vidas. Política y económicamente ser dueños de su tierra significa solidificar sus propias organizaciones, asentarse como nación y, como corolario, la posibilidad cierta de vivir dignamente.

De esta manera, luego de las propias luchas indígenas los organismos internacionales y los Estados han receptado esta demanda, ya sea en los instrumentos internacionales como en las constituciones nacionales. Bajo el presupuesto de que la tierra es constitutiva de la propia identidad de los pueblos indígenas, en el entendido de que es ella la que permite la supervivencia colectiva, muchas de las instancias han sido sensibles para regular este derecho.

A pesar de “las buenas intenciones” de los organismos, los intereses económicos y políticos alrededor de “las tierras” son tan fuertes que la concreción de este derecho ha encontrado obstáculos prácticamente insalvables.

8.3. Pueblos indígenas y la gestión de sus recursos naturales

Los problemas que suscitan las discusiones alrededor de la propiedad comunitaria de la tierra se complejizan notablemente cuando se plantea el derecho de los pueblos a los recursos propios, derecho que es inescindible del de posesión y propiedad comunitaria, dado que el reclamo legítimo de los indígenas comprende tanto la tierra como el territorio.

Por lo general, la explotación de los recursos forma una parte central de la riqueza de un país. Los pueblos indígenas, con sus variantes, habitan vastas zonas de tierras en donde —por ejemplo— los bosques, el petróleo, las reservas de agua, los recursos mineros constituyen fuentes de riqueza tanto para ellos como para el Estado.

Por ello, el Estado tiene la obligación de:

- *gestionar junto con los pueblos indígenas la explotación de esos recursos;*
- *consultar a los pueblos indígenas sobre cualquier medida que tome sobre la disposición de dichos recursos;*
- *preservarlos, ya que constituyen la base de la economía de los pueblos;*
- *obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, luego de la referida consulta.*⁽¹⁸⁾

(18) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una sentencia de 2008 (“Saramaka vs. Surinam”), claramente establece cuáles son los criterios que deben respetarse para realizar una consulta apropiada y alcanzar un consentimiento libre e informado.

Una obligación de difícil cumplimiento cuando se encuentran en juego intereses económicos y, finalmente, cuando quien tiene el control de ciertos recursos también tiene un poder que le es negado recurrentemente a los pueblos indígenas.

La discusión, entonces, sobre la tierra, el territorio y la explotación de los recursos naturales tiene un contenido tanto económico como político. En la medida en que no se clarifique la perspectiva política, poco se avanzará en un reconocimiento, una negociación y un acuerdo que sea ventajoso para todos los ciudadanos, indígenas y no indígenas.

Afortunadamente, cada vez existe más claridad acerca de esta última afirmación. Ya es un hecho incuestionable que las empresas transnacionales se han convertido en un actor relevante y de peso para dirimir la gestión de los recursos naturales. Hasta tanto los Estados no establezcan una relación transparente que permita negociar y llegar a acuerdos entre las partes tratadas como iguales, la historia de despojo y saqueo se profundizará con las consabidas y lamentables consecuencias para los pueblos indígenas.

8.4. Pueblos indígenas y el derecho a ser consultados

El derecho a la consulta es un proceso previsto para hacer efectivo el derecho a la participación de los pueblos indígenas y una obligación a cargo del Estado, en todos sus niveles —Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial—, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a una comunidad o pueblo indígena. El proceso de consulta no puede ser llevado adelante de cualquier forma, sino que el mismo, y de conformidad con los estándares que fueron fijando los organismos y mecanismos internacionales, solo puede ser tomado por válido siempre que dicha consulta sea: **previa** —anterior al comienzo de ejecución de la medida estatal en cuestión—, **libre** —se debe garantizar que las comunidades puedan decidir con libertad sin que existan presiones, intimidaciones o manipulaciones, ajustándose el proceso a los tiempos y sistemas de toma de decisiones propios de la comunidad o pueblo— e **informada** —las comunidades deben tomar la decisión contado con toda la información sobre el proyecto sujeto a consulta, expresada dicha información de manera que pueda ser comprendida—.

8.5. Pueblos indígenas y gobernabilidad

En América Latina la discusión sobre la gobernabilidad, como un tema central en la política de fondo, surge en las transiciones democráticas posdictatoriales, estableciendo el marco de las articulaciones necesarias entre los diferentes partidos políticos, las demandas ciudadanas y una sociedad civil que va organizándose alrededor de una idea de democracia enraizada como valor dentro del imaginario social.

La idea de Estados plurinacionales (muy diferentes de aquellas concepciones de Estados de bienestar o, en la vereda del frente, de Estados mínimos) produce demandas diferentes y especializadas que incorporan un nuevo actor en el

escenario político: los pueblos indígenas. Las tensiones mencionadas se agudizan y las ideas de gobierno y gestión pública señalan la importancia de incorporar a los pueblos indígenas y sus demandas en las estructuras del Estado.

La gobernabilidad, en las primeras discusiones y elaboraciones formuladas en grupos de discusión de organizaciones indígenas, fue entendida como “la capacidad institucional y social para adoptar decisiones legítimas, orientadas hacia el mejoramiento de la eficiencia del sistema político y a la creación de certezas de la población acerca de la democracia. Estas certezas son estratégicas porque tienen que ver con elementos centrales de la vida democrática”.⁽¹⁹⁾

Estas primeras definiciones fueron reformuladas paulatinamente para dejar lugar a otros cuestionamientos y temáticas que van surgiendo a medida que los movimientos indígenas van consolidándose. Así, el conocimiento de las estructuras de los Estados nacionales va complementándose, necesariamente, con la profundización de los saberes de los pueblos indígenas; los derechos indígenas reconocidos en instrumentos internacionales y legislación nacional deben sumarse al conocimiento del derecho propio; la idea de gobernabilidad debe ser mirada también desde la perspectiva de las formas de gobierno y gestión de los pueblos indígenas.

De este modo, la idea principal radica en la complementariedad de “saberes” abandonando la subordinación habitual del conocimiento indígena al conocimiento occidental. No se trata ya de que los pueblos indígenas solo conozcan las estructuras clásicas de los Estados, sino que es preciso rescatar, y de este modo solidificar, las instituciones indígenas. Se entiende así que la conjunción de dos miradas pueda contribuir a encontrar nuevas formas de equilibrios políticos que redunden en una mejor convivencia armónica.

En ese escenario, se captan elementos del poder político local y regional y se enfatiza la participación de indígenas en el gobierno central y en el resto de las estructuras del Estado. Se discuten, entonces, diferentes aproximaciones al concepto de gobernabilidad que van desde el conocimiento de las estructuras de los Estados nacionales hasta rescatar y consolidar el poder local, como forma también de reafirmar la identidad de los pueblos indígenas.

En las últimas décadas asistimos a un proceso de visibilización de las demandas indígenas que se plasman en movimientos de transformación de las estructuras básicas del Estado. Más allá de las críticas, de sus debilidades o de los vaivenes lógicos en procesos de cambios, las últimas reformas constitucionales (constituciones de Bolivia y Ecuador) señalan hasta qué punto los derechos de los pueblos indígenas se encuentran jerarquizados en la discusión. Si bien esto no es algo que pueda predicarse de la generalidad de la región, constituye un avance indudable de reivindicaciones con posibilidades de ser replicadas en el resto de los países.

(19) Definición extraída del Programa de Formación de Líderes Indígenas de la Comunidad Andina (PFLICAN) del 2003.

Tríada modular de derechos reivindicados por pueblos indígenas:

- **Derechos territoriales.**
- **Derechos a la gestión de los recursos naturales.**
- **Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado.**

9. Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁽²⁰⁾

En el caso específico de los pueblos indígenas, el Sistema Interamericano ocupa un lugar central por varias razones. En primer lugar, tanto el trabajo de la Comisión como de la Corte son valoradas por los Estados, y sus dictámenes y sentencias van generando una doctrina sólida en materia de protección de los derechos indígenas. En segundo lugar, si bien la Corte no se ha ocupado centralmente de los conflictos que involucran a pueblos indígenas, las pocas sentencias que hasta el momento existen dan cuenta de una postura garantista de sus derechos, creativa y novedosa en el análisis, y sus fundamentos dan cuenta de una profundidad que merece la pena ser destacada. Asimismo, ha resignificado algunos conceptos⁽²¹⁾ dotándolos de un nuevo dinamismo cuyo fin es asegurar la sobrevivencia de los pueblos indígenas.

El rol, entonces, del Sistema Interamericano en su conjunto en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas es fundamental en toda América Latina. En el caso de Argentina, si bien no existe una sentencia específica, toda su labor en conjunto más los trabajos llevados adelante por la Comisión son materia obligada de estudio y forman parte de los fundamentos de los casos actualmente en litigio.⁽²²⁾

Como ya ha sido adelantado, la importancia de la intervención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en sus dos modalidades ha generado la consolidación de lo que ya está incorporado al material normativo y es derecho vigente en América Latina y en Argentina. Es por demás obvio que la “positivización” de derechos no es suficiente, y se requiere ir apuntalándola con una sólida jurisprudencia que también contribuya a solidificar una determinada línea interpretativa de los derechos.

Por una parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través principalmente de dictámenes e informes, ha generado una doctrina sólida en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas. La Comisión, utilizando su facultad de dictar medidas cautelares, ha prendido una “luz amarilla” en ciertos conflictos indígenas, abocándose no solo a la protección inmediata del derecho vulnerado, sino llamando la atención a los poderes políticos del

(20) Este apartado es una síntesis del capítulo específico de Ramírez (2015).

(21) Como por ejemplo, el derecho a la tierra y al territorio.

(22) Solo basta mencionar el caso de Salinas Grande en la puna (que comprende las provincias de Jujuy y Salta), en donde se reclama el derecho a la consulta. Uno de sus fundamentos fue el caso fallado por la CIDH en “Saramaka vs. Suriname” de 2007.

Estado de que debían responsabilizarse de resolver el problema que suscitó su intervención y, por consiguiente, el dictado de la medida cautelar.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumple un rol diferente. No solo que —a diferencia de la Comisión— tiene la competencia contenciosa, sino que a través de opiniones consultivas lleva adelante la interpretación de los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que tiene una amplia repercusión en el escenario jurídico local.

De esta manera, en el caso de Argentina, si bien no existe hasta el presente ninguna sentencia de la Corte referida a algún caso indígena, las sentencias que ya existen contra otros países latinoamericanos, sus argumentos y fundamentos influyen directamente en los litigios locales, utilizándose no solo para reformar un escrito, sino también utilizándolo como “argumento de autoridad”, clarificando conceptos y perfilando los alcances de determinados derechos.

Algunos de los casos más relevantes en los que intervino la Corte IDH hasta el presente son aquellos en donde se dirimen conflictos territoriales. Ordenados cronológicamente, estos son:

- **“Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua” (2001)**

En el considerando 137 la Corte afirma “Nicaragua **no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno** que permitan la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas”.

En el considerando 138 establece que “... el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear **un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni**, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta”.

En su considerando 149, habla sobre el concepto de propiedad en las comunidades indígenas como una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, ya que la pertenencia de esta se centra en el grupo y su comunidad. Por otra parte, destaca la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, la que debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

Por otra parte, la Corte considera que los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen derecho a que el **Estado delimite, demarque y titule el territorio** de propiedad de la comunidad. Asimismo, ordena que el Estado **se abstenga de realizar actos** que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, o que **afecten la existencia, el valor, el uso o el goce** de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

- “Caso Yakye Axa vs. Paraguay” (2005)

En este caso el derecho aplicado es la Convención Americana de Derechos Humanos. Se alegan violaciones a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la vida (art. 4° de la Convención Americana) y a la propiedad (art. 21 de la Convención Americana).

La Corte considera que, a efectos de interpretar el alcance de los derechos a las garantías judiciales, a la propiedad y a la vida, cuando se trata de pueblos indígenas, **debe acudirse al Convenio 169** de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en territorios independientes.

Por otra parte, en su considerando 131 retoma lo que ya afirmó en Awas Tingni con respecto al significado de la tierra y el territorio para los pueblos indígenas. Así, establece que la relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como **la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica** y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.

- “Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (2006)

El derecho aplicado es la Convención Americana de Derechos Humanos. Se alegan violaciones a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la vida (art. 4° de la Convención Americana) y a la integridad personal (art. 4° de la Convención Americana) y a la propiedad (art. 21 de la Convención Americana). La Corte considera que, **a efectos de interpretar el alcance del derecho a la propiedad**, cuando se trata de pueblos indígenas, debe acudirse al **Convenio 169 de la OIT**.

El apartado 118 es de especial importancia, ya que afirma que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su **estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales**, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un **elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural** (salvaguardados por el art. 21 de la CADH). La incorporación de la identidad cultural en la relevancia que para los pueblos adquiere su territorio completa aún más la idea que la misma Corte brinda sobre la relación pueblos indígenas-territorio.

- “Caso Saramaka vs. Suriname” (2007)

Surinam **ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (no así el Convenio 169 de la OIT). El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado el art. 1° en común de dichos pactos como **aplicable a los pueblos indígenas**.

En virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho art. 1º, los pueblos podrán “proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, **esta Corte no puede interpretar las disposiciones del art. 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam** en dichos pactos.

La Corte desarrolla en esta sentencia algunos **componentes del derecho de propiedad**. Reafirma el derecho de los pueblos indígenas y tribales a **usar y gozar de los recursos naturales** existentes en sus territorios, complementándolo con la **no afectación de recursos** que resulten necesarios para la supervivencia del modo de vida de la comunidad y para sus actividades culturales y religiosas.

Destaca como algo de medular importancia de este fallo la necesidad de respetar el derecho a la **consulta previa a la comunidad**, con el objeto de obtener su **consentimiento libre e informado**. También destaca la **participación de la comunidad en los beneficios** de la explotación, y la relevancia y obligación de la realización previa de un **estudio de impacto social y ambiental**.

• “Caso Xákmok Káksek vs. Paraguay” (2010)

El derecho aplicado en este caso son los derechos consagrados en los arts. 3º (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4º (Derecho a la Vida), 8.1 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2º (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

La Corte ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de esta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del art. 21 de la Convención.

Por otra parte, se refiere a las afectaciones a la identidad cultural. Los representantes alegaron la existencia de un “desgaste cultural colectivo” de los miembros de la Comunidad por la violación al derecho a la propiedad. Añadieron que la falta del territorio comunitario priva a la Comunidad “de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”.

Según los representantes, habría una estrecha relación entre las prácticas espirituales de la Comunidad vividas colectivamente y la vinculación a las tierras ancestrales. Adicionalmente, señalaron que la falta de tierra ha afectado los ritos de iniciación de hombres, mujeres y chamanes.

- **“Caso Sarayaku vs. Ecuador” (2012)**

El Estado fue declarado responsable de no haber realizado, de conformidad con los estándares internacionales aplicables, una consulta previa, libre e informada con el pueblo afectado. Al mismo tiempo, el Estado fue condenado por violación de los derechos del pueblo de Sarayaku a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, a la tutela judicial efectiva, así como del derecho a la vida e integridad personal de sus miembros ante la presencia de explosivos en su territorio. El proceso fue facilitado por el reconocimiento de responsabilidad hecho por el Estado mismo.

9.1. Alcances y cumplimiento de sus decisiones

Sin lugar a dudas, y estos fallos así lo acreditan, partiendo de la influencia e importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en nuestros países, sus alcances son incuestionables. Ya sea por el impacto que se produce en el Estado que es condenado, ya sea por los contenidos que marcan una línea de interpretación de los tratados internacionales, ya sea por el desarrollo de sus considerandos que marcan puntos de inflexión en el debate latinoamericano, lo cierto es que las sentencias de la CIDH no pasan desapercibidas.

No puede decirse lo mismo del cumplimiento de sus decisiones. Uno de los problemas contemporáneos de la administración de justicia que en mayor medida preocupa a la comunidad jurídica es la resistencia, en general, de acatar lo dictaminado por los tribunales de justicia. La Corte Interamericana no es una excepción a esta realidad, y las dificultades de asegurar el cumplimiento de sus decisiones sigue siendo un tema de análisis.

Por una parte, es por todos conocido que no existen herramientas coercitivas que aseguren la ejecución de las sentencias. Este es un límite que presenta cualquier sistema de justicia internacional, que no puede ir más allá de establecer la responsabilidad internacional y, en cierto sentido, promover el reproche internacional para los casos de no acatamiento de sus decisiones.

En el caso de los pueblos indígenas y las sentencias que nos ocupan, su incumplimiento es preocupante. No solo estamos hablando en este caso de las decisiones de los conflictos sometidos en la última etapa a la Corte Interamericana, sino que también es poco determinante el accionar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Un caso paradigmático de la poca influencia ejercida en los hechos es el caso de “Lhaka Honhat” en la provincia de Salta.⁽²³⁾ Es en 1998 cuando se recurre

(23) Siguiendo una cronología de los hechos, en 1984 se produce la reivindicación de los lotes fiscales 55 y 14 en Dpto. Rivadavia Provincia de Salta; en 1991, por medio del decreto 2609 del gobierno salteño, este se compromete a la entrega de tierras indivisibles; en 1992 las comunidades se organizan como Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat.

a la Comisión Interamericana luego de que el gobierno salteño incumpliera sus promesas. Luego de numerosas reuniones para arribar a soluciones amistosas, en donde existen propuestas cruzadas, un referéndum, un pedido a la CSJN de suspensión de ese referéndum, una manipulación notable del gobierno provincial para incluir en la disputa a los criollos que habitan aquellos territorios reclamados, es en 2006 (a ocho años de su primera intervención) cuando se presenta el informe de admisibilidad.

Al presente, la Comisión ha presentado en el 2012 su informe de fondo, el que todavía permite una instancia de cumplimiento por parte del Estado. De no cumplirse sus disposiciones y recomendaciones, es allí donde el caso es presentado formalmente a la Corte Interamericana para su resolución.

Más allá de entender que cualquier sistema de administración de justicia tiene sus luces y sombras, y que en especial el SIDH es tan requerido que no puede asegurar celeridad en sus resoluciones, lo cierto es que lo que se demandaba en su momento, el territorio, se ha deteriorado con el paso del tiempo. Esto convierte al Sistema en un dispositivo de excepción que no resuelve todos los problemas sino, por el contrario, que en muchas ocasiones tiene un poder más simbólico que real.

No obstante, y a pesar de esta “aparente” evaluación negativa, es necesario seguir sosteniendo el Sistema Interamericano como aquel que clarifica los estándares de protección y llama la atención sobre casos que son descuidados internamente por los Estados; a través de la Comisión profundiza sobre temas que son acuñantes en América Latina, da voz a sectores que son históricamente desprotegidos, desplazados, vulnerables. En definitiva, cumple un papel difficilmente sustituible en el escenario nacional y continental.

De todos modos, sería deseable seguir pensando en mecanismos que aseguren el cumplimiento de sus sentencias. En cuanto a la Comisión, reflexionar sobre la importancia de su rol y lo insustituible de su accionar. Solo fortaleciendo el Sistema Interamericano y trabajando para superar sus falencias es que será posible contribuir a asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y, por ende, de los derechos de los pueblos indígenas.

9.2. Estándares que se derivan de sus decisiones

A partir de estos fallos paradigmáticos de la CIDH, se han establecido una suerte de “estándares” que demuestran el carácter profundamente protector de estas decisiones en lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas.

En sus sentencias, es posible identificar algunos aspectos sobresalientes que se reiteran en todas ellas. Así, sostiene:

- *El art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) protege la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los pueblos Indígenas.*

- *Los Estados tienen la obligación de demarcar y titular oficialmente los territorios indígenas.*
- *El art. 21 de la CADH protege los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales usados tradicionalmente.*
- *Los Estados tienen el deber de consulta cuando limitan los derechos de propiedad:*
 - *El Estado debe asegurar su participación efectiva en el plan de desarrollo.*
 - *El Estado debe garantizar que se beneficien razonablemente del plan.*
 - *El Estado debe llevar adelante un estudio previo de impacto socioambiental antes de tomar cualquier medida que pueda alterar o incidir en el hábitat indígena.*

Esta lista no es exhaustiva pero pretende dar cuenta de las principales preocupaciones de la CIDH, y de los temas centrales que son abordados en sus sentencias cuando deben dirimir conflictos territoriales.

Aspectos tan medulares como la conceptualización de la propiedad comunitaria indígena, el derecho a la consulta y la participación, el consentimiento previo libre e informado son tratados con profundidad en cada una de las sentencias. La posibilidad, en ese sentido, de fijar estándares también tiene una influencia notable en el resto de la jurisprudencia, algo que ya ha sido señalado y destacado.

Asimismo, también vale la pena apuntar que el Sistema Interamericano desarrolla conceptos claves para el derecho y para los pueblos indígenas que va más allá de las expectativas que en su momento se generaron. En otras palabras, los estándares que la Corte Interamericana ha construido paulatinamente a través de sus sentencias va creando un “estado de situación jurídica” de cómo deben ser interpretados los derechos indígenas, que ha influido notablemente en el escenario latinoamericano.

Prácticamente, es a partir del desarrollo realizado por la Corte y la Comisión que se solidifican líneas interpretativas y definiciones centrales para evaluar, en el fragor de un litigio, cuáles son los contenidos que deben prevalecer y cómo deben conceptualizarse derechos “clave” que exigen desarrollo y clarificación.

Finalmente, los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos permiten echar luz sobre herramientas jurídicas medulares para la protección de sus derechos.

9.3. Influencia en Argentina

En Argentina, la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se traduce fundamentalmente en la faz doctrinaria, generando con sus sentencias argumentos de autoridad que luego son replicados en diferentes instancias.

Es habitual que la Corte Suprema de Justicia de la Nación cite en sus sentencias, como fuente, los contenidos de las sentencias de la CIDH y que las

considere vinculantes. Otra es la discusión que se presenta alrededor de la vinculatoriedad de los informes y dictámenes de la Comisión. En general, la doctrina coincide en sostener que las sentencias de la Corte son vinculantes mientras que los dictámenes de la Corte no lo son.

También tienen influencia práctica a través de las medidas cautelares que dicta la Comisión en casos específicos. Aunque existen problemas en su ejecución, como se verá a continuación, ciertamente como un “golpe de efecto” la medida cautelar que formula la Comisión genera un estado de alarma que va más allá del caso concreto y que produce un impacto a nivel local.

La intervención en un caso determinado, primero de la Comisión y eventualmente de la Corte, visibiliza los extremos en conflicto y genera un estado de situación proclive a la resolución, lo que no siempre sucede. De todos modos, lo que es más destacable de la influencia del SIDH en Argentina es su capacidad para construir buenos argumentos jurídicos que luego son citados y utilizados en las sentencias locales.

9.4. La Comisión y algunas resoluciones

La Comisión intervino en algunos casos paradigmáticos en Argentina, ya sea dictando una medida cautelar, ya sea solicitando información a los Estados sobre el estado del conflicto que amerita su intervención.

Vale la pena mencionar el caso de la Comunidad Paichil Antriao, ubicada en la provincia de Neuquén. La comunidad mapuche vive en la localidad de Villa La Angostura desde el siglo XIX, reconocida por documentos del propio Estado nacional. La ciudad creció sobre territorio indígena, en un lento pero sostenido proceso de apropiación territorial. En noviembre de 2009, parte de la comunidad sufrió un nuevo desalojo y la destrucción de viviendas. Desde hace dos años denuncia el hostigamiento y violencia por parte del gobierno provincial, el Poder Judicial local, la policía y guardias privados. La decisión de la CIDH, que instó a tomar “medidas urgentes”, se da en un contexto provincial en el que existen 40 causas penales que mantienen imputados a 200 miembros de comunidades mapuches, siempre por defender su territorio.

En 2010 la Comisión dicta una resolución solicitando información al Estado:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicita informe al Estado argentino por situación en el Lof Paichil Antriao.

Es ante el pedido de medidas cautelares que envió al organismo la Confederación Mapuche de Neuquén para suspender la orden de desalojo hacia la comunidad Paichil Antriao, en la localidad de Villa la Angostura.

La CIDH insta al Estado nacional a informar sobre “las medidas que se han tomado respecto de los actos de agresión denunciados por los solicitantes a miembros de la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao de la provincia de Neuquén, Argentina.”

Como así también de “las situaciones alegadas por los solicitantes, particularmente con referencia a que los desalojos de la comunidad se estarían llevando a cabo en desconocimiento de la Ley 26.160.”

El organismo internacional requiere además “el estado de la revisión territorial para formalizar la titulación de la Comunidad Mapuche por parte del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).”

Este requerimiento de la CIDH al Estado argentino se realiza en un contexto de violencia institucional del gobierno de la provincia de Neuquén contra la Confederación Mapuche y con un fuerte desplazamiento policial en la comunidad Paichil Antriao, lo que conlleva a la criminalización de la identidad mapuche.

El Estado nacional debe remitir a la CIDH la información solicitada en un plazo de diez (10) días.⁽²⁴⁾

En octubre de 2012 la Comisión ordena al Estado nacional garantizar la vida y la integridad personal de la comunidad Paichil Antriao, aceptando la medida cautelar solicitada por el Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos indígenas (ODHPI). Esta decisión es muy relevante, en la medida que existe un reconocimiento de la vulneración de derechos por parte de los Estados nacional y provincial.

Otro de los casos paradigmáticos que ha merecido la intervención de la Comisión a partir del dictado de una medida cautelar es el de la comunidad “Potae Napocna Navogoh” (conocida como la comunidad “La Primavera”) cuya reivindicación territorial ha llegado a episodios de violencia, con la muerte de un hermano qom/toba (Roberto López) y la muerte de un policía, en una represión ordenada por las autoridades provinciales.

En abril de 2011, y a pedido del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Defensoría General de la Nación, la Comisión ordenó medidas cautelares de acuerdo a su art. 25, para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de la comunidad.⁽²⁵⁾

Vale la pena recordar cuál es la situación de esta comunidad. Su reclamo territorial es no solo a la provincia de Formosa, sino que su territorio también se solapa con un Parque Nacional, por lo cual el reclamo se extiende al Estado nacional. La lucha de esta comunidad por sus territorios ha sido permanente, llegando incluso a reclamar “acampando” en la Ciudad autónoma de Buenos Aires.

Los hechos de violencia que se sucedieron en 2010 son solo una muestra de las tensiones que generan este tipo de reclamos, y de la impunidad con la

(24) Se puede ver la solicitud oficial de la CIDH en el caso “Paichil Antriao” en: http://www.mapuexpress.net/images/publications/14_1_2010_12_33_50_1.pdf

(25) Ver www.comunidadlaprimavera.blogspot.com.ar

que se manejan las autoridades locales al incitar tales hechos de violencia. Por otra parte, toda esta situación ha generado la formación de una “mesa de diálogo” entre autoridades provinciales, autoridades nacionales y autoridades de la comunidad a fin de llegar a una solución.

Esta mesa no tuvo resultados ciertos. En este contexto, y a pesar de la medida cautelar dictada por la Comisión, el hostigamiento sigue presente, las amenazas a miembros de la comunidad son constantes y no se avisa una solución pronta a los conflictos planteados.

9.5. Ventajas y desventajas del SIDH

Hasta el momento han sido desplegadas las ventajas del Sistema Interamericano. A modo de resumen, se podría decir que influye positivamente en nuestra jurisprudencia, profundiza la protección de los derechos y les atribuye un contenido que clarifica su formulación. Por otra parte, la Comisión realiza informes que también provocan impacto en los diferentes escenarios locales, y tiene la prerrogativa de dictar medidas cautelares que —más allá de las dificultades para que sean respetadas— generan una advertencia alrededor del estado de situación de numerosos conflictos en los que se encuentran involucrados pueblos indígenas.

En cuanto a las desventajas, podría señalarse las siguientes. En primer lugar, las dificultades de litigio en el Sistema Interamericano, provocadas por dos razones principales: la lejanía de los lugares del conflicto⁽²⁶⁾ y los numerosos casos que no permiten que la Comisión —y en su caso la Corte— entiendan en todos los casos sometidos a su consideración. En segundo lugar, el factor temporal: los casos pueden demorar años en resolverse, dado que primero la Comisión debe examinarlos y si encuentra elementos, presentarlo a la Corte. Este proceso que parece sencillo contempla numerosas etapas (entre ellas, la posibilidad cierta de solución amistosa). Agotadas todas las instancias (que puede llevar muchos años),⁽²⁷⁾ recién el caso se presenta a la Corte Interamericana.

Pero existe una tercera desventaja que compromete las bondades del Sistema. Muchas veces la presentación del caso a la Comisión sustrae responsabilidades al Estado, depositando toda la confianza en la resolución que puede adoptarse en el SIDH. En otras palabras, se ha generado “demasiada” expectativa por parte de las comunidades indígenas, sus organizaciones y otras organizaciones que acompañan las luchas indígenas en las respuestas que eventualmente puede brindar el Sistema Interamericano a los reclamos.

(26) Piénsese que la Comisión organiza las audiencias en Washington, y la Corte sesiona en San José de Costa Rica, aunque en las últimas sesiones la Comisión está trabajando descentralizadamente (en 2017 se tomaron audiencias en Argentina, Perú, Uruguay), dadas sus carencias de recursos económicos y la necesidad de que los países anfitriones afronten los gastos que demanda su trabajo.

(27) Por ejemplo, el caso “Lhaka Honhat” en Salta, ya mencionado.

Estas expectativas no son realistas, precisamente por lo que acabamos de señalar. Porque es muy difícil litigar en el SIDH, y porque —también vale la pena remarcarlo— las pocas sentencias que resguardan derechos indígenas, si bien muy sustantivas, encuentran numerosos obstáculos para su ejecución, por lo cual tampoco es que una vez que la Corte se expida exista seguridad sobre el cumplimiento de lo ordenado por la sentencia.

Por último, es preciso llamar la atención sobre una crítica posible a las sentencias de la Corte, y que tiene que ver con una objeción que también se presenta a nivel país sobre las facultades de los jueces: la objeción contra mayoritaria. Por qué, se preguntan algunos autores, una Corte tan lejana a los países, con jueces que muchas veces no se conocen, deben tener la última palabra en materias que son tan relevantes para los Estados, y que tensiona —o podría tensionar— con decisiones que son tomadas por las mayorías a nivel local.⁽²⁸⁾

No es un interrogante menor, pero cualquiera sea la respuesta no debe olvidarse que lo deseable y preferible debe ser encontrar en el ámbito geográfico de los Estados las respuestas a los conflictos que se presentan, sin esperar que sea la Comisión o la Corte las que construyan esta decisión, o que sean ellos los que recuperen la paz social.

9.6. Balance

El balance del accionar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el tema específico de derechos de los pueblos indígenas es francamente positivo. Si bien podría afirmarse que su producción es austera, que la Corte no ha emitido demasiadas sentencias sobre la vulneración de estos derechos, las sentencias que hasta el presente existen han sido tan relevantes en términos de contenido que su utilidad es indiscutible para reforzar los contenidos doctrinarios, los que a su vez son aportes insoslayables para argumentar decisiones en el nivel local.

Por otra parte, en toda América Latina la Corte y la Comisión juegan un papel central en la protección de los derechos humanos. Sus denuncias, sus llamadas de atención, ya sean a través de informes o dictámenes, ya sean a través de sus sentencias, adquieren una publicidad inusitada, y es una forma de reproche internacional a los Estados que no pasa inadvertida.

Si bien el SIDH presenta algunas sombras no puede sino ser bien evaluado, pensando en la historia de su presencia en nuestro continente, y remarcando que se potencia con otros sistemas de protección internacional, como lo son los organismos pertinentes de Naciones Unidas. Sería deseable contar con mecanismos que aseguren mayor rapidez de reacción, y que la condena a los Estados no solo quede en el mero reproche, sino que tenga alguna consecuencia práctica, más tangible.

(28) Las discusiones que se dieron alrededor del “Caso Gelman” en Uruguay.

La crisis que enfrenta actualmente todo el SIDH nos lleva a reflexionar sobre el rol que ocupa, cuáles son sus límites y alcances, cuál debe ser su función en la región. Si bien se argumenta que sus problemas son solo económicos, no puede desconocerse que el Sistema atraviesa una profunda crisis política que está generando situaciones paradójicas. Por un lado, son los Estados los que financian y hacen posible el trabajo de la Corte y la Comisión. Pero son estos mismos Estados los que se ven amenazados por ese mismo Sistema, que denuncia, reclama y juzga. Habrá que esperar cómo se reordenan las relaciones entre diferentes dimensiones políticas y cómo encontrar un nuevo punto de equilibrio.

PARTE ESPECIAL

1. Derechos humanos y derechos indígenas

Para entender la relación existente entre derechos humanos y pueblos indígenas resulta necesario comprender el orden cosmovisional y cultural indígena como procesos con autonomía propia con lógicas económicas y políticas. Esto supone tener en cuenta que todas las culturas tienen concepciones propias sobre cómo entender la dignidad humana y a partir de allí desarrolla una serie de instituciones propias sustentada en principios y valores que les permiten identificarse como sociedad. Los conflictos para la construcción de un pacto intercultural comienzan cuando estas concepciones son diferentes y no se expresan como derechos humanos, según el formato construido y exigido por Occidente.

En este sentido, contamos en la actualidad con diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas. Los principales son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Resulta necesario preguntarse si los derechos humanos son una creación de Occidente y si podría aplicarse la idea de universalidad sin vulnerar derechos de pueblos particulares, que no comparten todos sus postulados y principios generales. Este punto es particularmente sensible en relación a los pueblos indígenas, quienes cuentan con un sistema jurídico propio, pero no fueron convocados originalmente a participar de la discusión e implementación de los derechos humanos como tales. Recordemos que en el momento de aprobarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dio pie a toda la construcción jurídica posterior solo participaron un número limitado de países, con sistemas normativos similares y que por entonces los pueblos indígenas no eran considerados sujetos de derecho a nivel internacional.

Aunque luego, y como consecuencia de décadas de lucha se logró un avance normativo y que se reconozcan los derechos colectivos en el marco

internacional de los derechos humanos, existen tensiones permanentes entre los pretendidos postulados universales y la aplicación particular a pueblos y comunidades indígenas.

A lo largo de esta presentación intentaremos analizar distintas visiones relacionadas con los derechos humanos para poder adentrarnos en la noción de “diálogo intercultural” que nos permita reflexionar sobre los derechos indígenas, su relación con los diferentes sistemas jurídicos y en especial con el complejo articulado de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

1.1. Concepción de derechos humanos

Cuando abordamos el análisis de los derechos humanos, ya sea en un plano teórico o desde la praxis, no debemos perder de vista que el eje central de sus bases y fundamentación está dado por la persona humana, la cual es poseedora de una dignidad única e intrínseca.

Los derechos humanos se presentan como inherentes a la persona humana, como atributos acompañados de ciertas garantías individuales y colectivas que el Estado debe reconocer, respetar y proteger. Se establece un orden jurídico y social de máxima jerarquía para garantizar el libre desenvolvimiento de las personas y favorecer su desarrollo pleno de conformidad con su propia vocación individual y social. La fundamentación está dada por la propia dignidad humana, entidad suficiente para justificar la necesidad de un ordenamiento jurídico adecuado a nivel nacional e internacional que proteja a la persona, impulse su desarrollo de modo pleno e impida cualquier tipo de atropello a sus atributos y facultades fundamentales. En este último sentido, se constituyen como límite frente al avance del Estado y del poder.

Por otra parte, los derechos indígenas son derechos humanos e incorporan una dimensión colectiva no presente en la Declaración de Derechos del Hombre de 1948 que es un factor clave en cualquier discusión que los aborden. Los derechos indígenas son derechos colectivos y derechos humanos. Y esta particularidad tiñe cualquier debate o reflexión alrededor de ellos.

Creemos que es posible abordar una perspectiva de derechos humanos en la que se rescate a cada ser humano en su individualidad, se incorpore además la dimensión social-comunitaria, se atiendan los conflictos concretos y se preste especial atención a las consecuencias ambientales que pudiera provocarse por cualquier acción humana en la naturaleza.

Como marco general podemos señalar que uno de los modos de llevar adelante en sociedad la tarea de imposición de una cultura sobre otra en los paradigmas occidentales implicó asumir procesos de separación para clasificar la realidad en dualismos opuestos (principio de disyunción) y exigir la toma de partido por uno de ellos (principio de reducción), para luego subordinar una categoría a otras, concibiendo a uno de muchos elementos como el más valioso (principio de abstracción) y los demás subordinados; y, por último, por medio de la abstracción idealizar los conceptos y teorías por sobre la

realidad material (principio de idealización). De esta forma se han clasificado a los derechos en individuales y colectivos, y realizado históricamente una opción por los primeros sobre los segundos. Es una de las formas de explicar por qué ha llevado tantas décadas de luchas de los pueblos indígenas para ser reconocidos como tales en el plano internacional y en el seno, inclusive, de las organizaciones de derechos humanos.

Sobre esta base señalaremos algunos ítems que consideramos desafíos actuales en el diálogo entre diversas culturas, en especial cuando una de ellas es indígena:

- *Comprender las dinámicas interculturales en el contexto de la globalización.*
- *Construcción de una concepción de derechos humanos respetuosa de la identidad cultural de cada pueblo y sus percepciones particulares sobre la dignidad humana.*
- *Avanzar hacia el pleno reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, tanto en un sentido reparatorio como sustancial.*

Claro está que en el transcurrir de este diálogo intercultural surgirán conflictos y tensiones, a las cuales no hay que temer. Entrarán en colisión distintas concepciones, sistemas jurídicos y derechos, y cada quien intentará hacer valer los suyos por sobre los demás. Esto es lógico y creemos sanador. Sin perder de vista las secuelas de la colonialidad, es posible avanzar hacia respuestas superadoras basadas en la riqueza humana. Desde esta perspectiva se valora la riqueza humana que atiende las diferentes posiciones culturales, políticas y sociales y, a su vez, sirve como guía para rechazar el relativismo cultural radical, ya que todos los puntos de vista son igualmente válidos.

Las teorías de pluriculturalismo respetuosas de los pueblos indígenas serán aquellas que sitúen la vida humana como valor central para la articulación de propuestas éticas, políticas y normativas. Se ocuparán de las especificidades identitarias estructurales de los pueblos indígenas sostenidas desde diferentes anclajes cosmovisionales, es decir cómo una identidad netamente colectiva se entiende culturalmente a sí misma y al mundo, y a partir de esta comprensión, cómo organizan y estructuran políticamente sus vidas colectivas e individuales (Martínez de Bringas, 2006).

A lo dicho, recordemos que todo individuo necesita de ciertos bienes para vivir con dignidad. Pero al existir un sistema jerárquico basado en la posición social, cultural, étnica, sexual, territorial, entre otros, se restringe el acceso a ellos de forma igualitaria provocando situaciones de injusticia. Los sectores desfavorecidos, entonces, llevan adelante luchas sociales con el objeto de tornar más equitativas las divisiones.

Desde este enfoque nos referiremos a los derechos humanos como procesos institucionales y sociales que permiten la apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana (prácticas para el acceso a bienes),

de resultado siempre provisional, desde una perspectiva nueva, integradora, contextual, crítica y emancipadora.

1.2. ¿Son los derechos humanos una creación de Occidente?

Realizado este enmarque resulta necesario analizar como cuestión previa el momento fundacional de los derechos humanos, su evolución y su posible compatibilización con los derechos de los pueblos indígenas.

En términos de conceptualización, el origen más próximo de la idea de los derechos humanos la encontramos en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776, pero sobre todo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano surgida de la Revolución Francesa de 1789. Ambos antecedentes proclaman la igualdad de todos los hombres, separación de poderes, poder al pueblo y a sus representantes, poder militar subordinado al civil, derecho a la justicia y consagración de las libertades individuales como medio para garantizar la participación en el desarrollo económico y político de la época.

Al terminar la Primera Guerra Mundial, con el movimiento de reformismo constitucional orientado hacia la cuestión social (Constitución de México de 1917, Weimar de 1919) se proclaman derechos fundamentales de toda persona.

En el período de posguerra comienza la reconstrucción de la noción que hoy conocemos como derechos humanos. Los países aliados en diferentes declaraciones se comprometen a avanzar en el respeto por las garantías fundamentales y a crear una organización internacional que trabaje por la paz mundial. En 1945 se firma la Carta de las Naciones Unidas cuyos objetivos se basan en el respeto de los derechos humanos a escala global.

El 10 de diciembre de 1948, ya en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se celebra la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se intentaba realizar un reconocimiento universal y específico en torno a estos derechos.

Desde el prefacio, la Declaración Universal de Derechos Humanos se presenta como el

... ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

El texto de la Declaración Universal responde a tres cuestiones básicas: el sujeto de los derechos, la fundamentación de los mismos y su tipología. Los

arts. 1º y 2º responden a la primera pregunta declarando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, es decir que todas las personas gozan de los mismos derechos por su mera condición humana sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Aquí mismo se proclama que el fundamento ético de la consagración de estos derechos fundamentales es la propia dignidad humana. Por último, detalla una serie de derechos inalienables que podrían categorizarse como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Llegado a este punto debe reconocerse que en la cimentación de la noción de derechos humanos, aunque se presentase como un código consensuado a nivel internacional, solo fue aprobado en ese entonces por 48 Estados, entre los cuales no estaban incluidos quienes habían perdido la guerra, las colonias, ni países árabes o africanos. Tampoco sectores especiales como migrantes, pueblos tribales o indígenas.

Esta composición de los sujetos influyó asignando a los derechos humanos un corte occidental, europeizante, liberal y acorde a las exigencias del capitalismo de la época.

Sobre esta base podemos preguntarnos: ¿son los derechos humanos una creación de Occidente? ¿Pueden los pueblos indígenas considerarse incluidos en este consenso internacional? ¿Es posible compatibilizar las cosmovisiones indígenas (sistemas jurídicos incluidos) con la lógica de los derechos humanos?

Encontramos distintas posiciones que permiten avanzar en la compatibilización de los distintos sistemas:

- a) *Todas las culturas manifiestan formas de prevención contra la injusticia y expresiones de lucha por la libertad y dignidad humana. Desde esta perspectiva, por medio de la razón es factible encontrar los universales que se encuentran latentes en cada pueblo (por ejemplo, iusnaturalismo).*
- b) *Occidente creó una forma particular de pensar y garantizarlos, los ha sistematizado filosófica y jurídicamente (Fornet-Betancourt, 2001, pp. 285-298).*
- c) *Occidente creó la idea y concepto de derechos humanos, pero no tiene por qué ser inconveniente para extenderse a otros lugares y resignificarse incorporando los propios procesos de cada lugar (Gallardo, 2008; Ebherhard, 2002, pp. 255-289).*
- d) *Hermenéutica diatópica: reconoce la carga eurocéntrica, pero puede avanzar en el diálogo intercultural utilizando equivalentes isomórficos, es decir elementos comunes, aunque tengan diferente denominación (Sánchez Rubio, 2000). Reconoce creencias que son valiosas para cada cultura y permite que encuentren defectos entre sí.*

Ferrajoli (2007) ve en los derechos humanos a la “ley del más frágil” contra la “ley del más fuerte”, una expresión del contrapoder contra los absolutis-

mos, provengan del Estado o de la parte privada. Para Hannah Arendt (Reyes, 2010), los derechos humanos son un constructo. Sostiene además que la humanidad no tiene una trayectoria lineal, ya que hay avances, logros y retrocesos en un espacio simbólico de luchas y acciones.

Desde estas perspectivas es posible avanzar en la redefinición de los derechos humanos, su ampliación y compatibilización con distintos sistemas jurídicos, entre ellos los indígenas, bajo la modalidad de un diálogo intercultural sincero, abierto y dispuesto a revisar las propias categorías, definiciones y prácticas.

1.3. Los derechos humanos desde una perspectiva indígena

Para hablar de derechos humanos y pueblos indígenas resulta necesario comprender el orden cosmovisional y cultural indígena como “procesos” con autonomía propia con lógicas económicas y políticas. Esto supone tener en cuenta que todas las culturas tienen concepciones propias sobre cómo entender la “dignidad humana”, base fundamental de los derechos humanos.

Los conflictos para la construcción de un pacto intercultural comienzan cuando estas concepciones son diferentes y no se expresan como derechos humanos, según el modelo occidental.

Conforme a lo sostenido por Martínez de Bringas (2006), para avanzar en el diálogo jurídico entre culturas deben establecerse conexiones interculturales entre los diferentes códigos e indicadores con los que las culturas han venido entendiendo y comprendiendo los derechos humanos. Esto supone lanzarse a la búsqueda de un nuevo sujeto de derechos y nuevas lógicas de fundamentación.

Debe entenderse que los procesos culturales indígenas como derechos tienen características particulares:

- a) *Funcionan como derecho fundante y condición de posibilidad para el ejercicio de otros derechos sociales, civiles y políticos (autonomía, participación, consentimiento previo, libre e informado) y colectivos (tierra-territorios, patrimonio cultural, etc.).*
- b) *Adquieren sentido y consistencia desde el orden cosmovisional en el que se arraigan y desde el que se despliegan (diferente concepción del tiempo y espacio).*

Los derechos humanos de los pueblos indígenas se mueven dentro de esta lógica y asumen como desafío la construcción de una concepción de derechos humanos pluralista, compleja, relacional e interdisciplinaria, respetuosa de la identidad cultural de cada pueblo y sus percepciones particulares sobre la dignidad humana, comprendiendo las dinámicas interculturales en el contexto de la globalización, adoptando una racionalidad y una ética de la vida y avanzando hacia el pleno reconocimiento de los derechos individuales y

colectivos de los pueblos indígenas tanto en un sentido preparatorio como sustancial.

2. Derecho internacional y derechos indígenas

Desde hace décadas los pueblos indígenas propician en el concierto internacional su reconocimiento como sujetos de derechos y el respeto por su dignidad y por sus derechos, tanto individuales como colectivos.

Estos pueblos, como colectivo, han sido objeto de graves violaciones a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por su condición de indígenas, además de la falta de reconocimiento, hasta hace poco tiempo, de su condición de sujeto colectivo. La irrupción de los pueblos indígenas en los debates dados en los organismos multilaterales quiebra el carácter estatocéntrico con el que se ha venido definiendo quiénes son sujetos colectivos en el plano internacional.

2.1. Principales instrumentos jurídicos internacionales

2.1.1. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Merece destacarse la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por ser el primer órgano internacional que comprendió la complejidad de la cuestión indígena. En las primeras décadas del siglo XX abordan la cuestión –originariamente la preocupación estuvo vinculada al estado de explotación laboral de miembros de comunidades indígenas– pero comprendieron que no era posible regular el trabajo independiente de otras condiciones necesarias para su subsistencia y desarrollo como pueblos, tales como el territorio, la cultura, la educación, la participación, la salud, entre otros.

El primer instrumento aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957 fue el Convenio 107, el cual permanece vigente en aquellos países que no han ratificado el Convenio 169. Recibió fuertes críticas debido a su contenido asimilacionista, siendo superado por el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El Convenio 169 de la OIT, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989, sienta las bases de un modelo plural, basado en el control indígena de sus propias instituciones y modelo de desarrollo, y en su participación en las políticas estatales, rompiendo explícitamente con el integracionismo. A los pueblos indígenas se les reconoce el derecho de definir “sus propias prioridades en el proceso de desarrollo”, y de “participar en el establecimiento, la ejecución y la evaluación de los planes y programas para el desarrollo nacional y regional”.

Incorpora una serie de disposiciones relativas a la administración de justicia y el derecho indígena, el derecho a la consulta y a la participación, el derecho a la tierra-territorio y recursos naturales, derechos sociales y laborales, educación bilingüe y cooperación transfronteriza, entre otras.

El Convenio 169 fue ratificado por la ley 24.071 del año 1992⁽¹⁾ pero no entró en vigencia sino hasta el 3 de julio de 2001, dado que se cumplimentó con el depósito en la OIT en julio de 2000.

2.1.2. Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

En el seno de la Organización de las Naciones Unidas también se discutió la posibilidad de aprobar un instrumento que recoja los planteos y reclamaciones permanentes de los pueblos indígenas del mundo y así reconozca y garantice tanto sus derechos individuales como colectivos.

El proceso de debate y análisis para la aprobación de una posible declaración que reconociera de modo internacional los derechos indígenas fue prolongado y con fuerte resistencia de ciertos Estados en relación a la autodeterminación y control de los recursos naturales en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. Como contrapartida, la participación de representaciones indígenas fue notable.

El 29 de junio de 2006 el Consejo de Derechos Humanos adopta la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el 13 de septiembre de 2007, en el marco de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su 107^a sesión plenaria, se aprueba la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas por una amplia mayoría de 144 Estados a favor, 4 votos en contra y 11 abstenciones. Esto representa un hito histórico en la lucha de los pueblos indígenas a nivel internacional.

En términos generales, partiendo de los principios de dignidad e igualdad de los pueblos indígenas y su derecho a determinar libremente su destino, establece un marco universal de estándares mínimos de respeto. Recoge y profundiza las conquistas realizadas en las últimas décadas en el derecho internacional.

Regula, entre otros, los siguientes derechos y reconocimientos a favor de los pueblos indígenas, sus comunidades y sus miembros: al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; a la igualdad y no discriminación; a la libre determinación, autonomía y autogobierno en asuntos internos; a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido; a la participación y consulta antes de aplicar medidas que les afecten; al respeto por su derecho consuetudinario, a mantener las instituciones políticas, jurídicas, sociales, económicas y culturales propias; a la participación en la vida política, económica y social de los Estados interesados; a la preservación de los valores culturales; a los derechos relativos a las religiones, los idiomas y las instituciones educacionales; al mejoramiento de las condiciones económicas y sociales; a determinar y elaborar sus prioridades de desarrollo; a la conservación y protección del medio ambiente; a mantener y desarrollar sus sistemas de medicina tradicional;

(1) BO 20/04/1992.

a establecer los propios medios de información; a la protección de la propiedad cultural e intelectual; a la protección contra el genocidio y el etnocidio.

El texto avanza sobre los conceptos del Convenio 169 de la OIT, interpreta, amplía conceptos y desafía e interpela a los Estados para implementar políticas públicas participativas en un marco de respeto por los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Incorpora además los principios esgrimidos por la Corte Interamericana en la jurisprudencia relacionada con casos de comunidades indígenas.

2.1.3. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el Sistema Interamericano se aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el marco del 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2016, después de 17 años de negociaciones.

El texto reconoce el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la libre determinación, a sus territorios ancestrales, a la consulta y a un consentimiento previo, libre e informado. A su vez, destaca su derecho a vivir libres de genocidio y otras formas de asimilación, discriminación racial, racismo, intolerancia y violencia. Se basa en el reconocimiento del derecho a la auto-identificación, fomenta el respeto, el desarrollo y el fortalecimiento de las culturas, tradiciones, formas de vida e idiomas indígenas; resaltando su derecho a impartir o tener acceso a educación en sus propios idiomas y cultura, tal como el derecho de promover, desarrollar y acceder en pie de igualdad a todos los sistemas y medios de comunicación. Por otra parte, la Declaración reconoce los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial a permanecer en dicha condición y de vivir de forma libre y de acuerdo a su cultura y cosmovisión.

2.1.4. Otros instrumentos jurídicos internacionales relevantes

Sin aludir específicamente al concepto de pueblos indígenas se destacan los tratados internacionales que refieren a la prevención, prohibición y sanción de actos discriminatorios por motivos raciales o étnicos, la prevención (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre los Derechos del Niño).

Por su parte, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 27) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 30) receptan en sendas cláusulas los derechos a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En materia ambiental la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), realizada en Río de Janeiro, aprobó el denominado “Programa o Agenda 21” cuyo capítulo 26 se dedica especialmente a los pueblos indígenas. A su vez, el párrafo j) del art. 8º de la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992 refiere a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

2.2. Principales organismos internacionales

2.2.1. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas

En 1970 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la ONU recomendó el estudio general y completo del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Al año siguiente al ecuatoriano José Martínez Cobo se le nombra “Relator de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas”, quien se dedicó al abordaje de variadas cuestiones relacionadas con los derechos humanos, entre ellas la salud, la vivienda, la educación, la lengua o idioma, la cultura, las instituciones sociales, culturales y jurídicas, el empleo, la tierra, los derechos políticos, los derechos y práctica religiosos y la igualdad en la administración de justicia. En su informe final presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías (1981-1984) plantea una serie de medidas dirigidas a visibilizar y desatar prácticas de discriminación existentes en torno a los pueblos indígenas.

Como una de las principales consecuencias de este informe, en 1982 la Subcomisión de Derechos Humanos crea, como órgano subsidiario, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.⁽²⁾

El Grupo de Trabajo estuvo integrado por cinco miembros independientes, expertos indígenas de los distintos continentes, elegidos por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, permaneciendo en funciones por tres años.

Su mandato consistía en examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y prestar especial atención a la evolución de normas internacionales relativas a los derechos indígenas; elaborar normas internacionales relativas a los derechos de las poblaciones indígenas, teniendo en cuenta tanto las semejanzas como las diferencias en lo que respecta a la situación y a las aspiraciones de las poblaciones indígenas en todo el mundo.

El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas fue el órgano responsable de la redacción del proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. Dejó de funcionar en el año 2006.

(2) Ver <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/Pages/WGIP.aspx>

2.2.2. Relator/a Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU)

En el año 2001 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió nombrar un Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas como parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión.⁽³⁾ En 2010, por nueva resolución, se modifica el título del mandato a “Relator/a Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”.

El cargo de Relator/a es unipersonal y es elegido/a por el Consejo de DDHH. La duración del mandato es de tres años, pudiendo renovarse por el mismo término por una vez.

La resolución 33/12 del Consejo mencionado determina el alcance de su mandato en los siguientes puntos:

- a) *Examine modos y medios de superar los obstáculos existentes para la plena y efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con su mandato, y de determinar, intercambiar y promover las mejores prácticas.*
- b) *Reúna, solicite, reciba e intercambie información y comunicaciones de todas las fuentes que corresponda, incluidos los gobiernos, los pueblos indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las denuncias de violaciones y vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas.*
- c) *Formule recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones y las vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas.*
- d) *Trabaje en estrecha cooperación y coordinación con otros procedimientos especiales y los órganos subsidiarios del Consejo de Derechos Humanos, en particular con el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, los órganos de tratados y las organizaciones regionales de derechos humanos.*

La relatoría debe prestar una especial atención a la situación de mujeres y de niños indígenas, y a aplicar una perspectiva de género en su trabajo.

En cumplimiento de estas disposiciones, el/la Relator/a Especial presenta informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia relativas a la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, realiza visitas a países, comunica información recibida sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en países específicos, lleva a cabo actividades de seguimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes de visita a países, una vez al año presenta un informe general al Consejo de DDHH y participa de las sesiones anuales del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

(3) Ver <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/index.htm>

2.2.3. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁽⁴⁾ fue creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos mediante la resolución 6/36 como órgano subsidiario. En 2016 el Consejo modifica su mandato y composición a través de la resolución 33/25.

Tiene como mandato proporcionar asesoría temática al Consejo de Derechos Humanos, en forma de estudios e investigación, sobre los derechos de los pueblos indígenas de la manera solicitada por el Consejo. Puede también presentar propuestas al Consejo para que este las examine y apruebe.

Está compuesto en la actualidad por siete expertos independientes en derechos de los pueblos indígenas, los cuales son nombrados por el Consejo de Derechos Humanos, de forma escalonada y atendido para su composición a criterios culturales, así como el equilibrio de género y la representación geográfica. Cada integrante permanece tres años en funciones, pudiendo ser reelegido por un período.

El Mecanismo celebra una sesión anual de un máximo de cinco días, usualmente en julio, en la cual participan representantes de Estados, pueblos indígenas, organizaciones indígenas, sociedad civil, organizaciones intergubernamentales y académicos (aunque puede celebrar más reuniones y sesiones entre períodos). El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y un miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas están invitados a participar de la sesión anual del Mecanismo de Expertos a fin de reforzar la coordinación y cooperación entre los mecanismos.

Para el cumplimiento de su tarea como órgano de pericia temática, el mandato impuesto al Mecanismo incluye:⁽⁵⁾

- a) *Elaborar un estudio anual sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo en relación con el logro de los fines de la Declaración, centrado en uno o varios artículos interrelacionados de la Declaración, según decida el Mecanismo de Expertos, teniendo en cuenta las sugerencias recibidas de los Estados miembros y los pueblos indígenas, en el que se expongan las dificultades y las buenas prácticas y se formulen recomendaciones.*
- b) *Identificar, difundir y promover las buenas prácticas y las lecciones aprendidas en relación con los esfuerzos destinados a alcanzar los fines de la Declaración, entre otros medios, presentando informes sobre esta cuestión al Consejo de Derechos Humanos.*
- c) *Prestar a los Estados miembros y/o a los pueblos indígenas que lo soliciten asistencia para determinar si es necesario asesoramiento técnico sobre la elaboración de leyes y políticas nacionales relativas a los derechos de los*

(4) Ver <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPEoples/EMRIP/Pages/EMRIPIndex.aspx>

(5) Ver <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/224/19/PDF/G1622419.pdf?OpenElement>

pueblos indígenas y para proporcionar dicho asesoramiento, según proceda, lo que podría incluir el establecimiento de contactos con otros organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas.

- d) Proporcionar a los Estados miembros que lo soliciten asistencia y asesoramiento para llevar a la práctica las recomendaciones del examen periódico universal y de los órganos de tratados, los procedimientos especiales u otros mecanismos pertinentes.*
- e) Ofrecer a los Estados miembros, los pueblos indígenas y/o el sector privado, previa solicitud, cooperación y asistencia mediante la facilitación del diálogo, cuando todas las partes lo consideren oportuno.*

2.2.4. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas⁽⁶⁾ es un organismo consultivo del Consejo Económico y Social, creado por la resolución 2000/22 y tiene el mandato de discutir las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medioambiente, la educación, la salud y los derechos humanos.

Está integrado por 16 miembros, la mitad de ellos nominados por gobiernos y la otra por el presidente del Consejo Económico y Social en base a una consulta amplia con agrupaciones indígenas. Duran tres años en funciones, pudiendo ser reelectos por un período.

El Foro Permanente:

- a) brinda asesoramiento experto y recomendaciones sobre cuestiones indígenas al Consejo, así como a programas, fondos y agencias de las Naciones Unidas a través del Consejo;*
- b) crea conciencia y promueve la integración y coordinación de actividades relacionadas con cuestiones indígenas dentro del sistema de la ONU;*
- c) prepara y difunde información sobre cuestiones indígenas.*

El Foro Permanente tiene sesiones de dos semanas una vez al año, usualmente en mayo. La primera reunión del Foro Permanente se realizó en Nueva York en mayo de 2002. Las sesiones están abiertas a los delegados de organizaciones indígenas y ONG que trabajen sobre cuestiones indígenas.

2.2.5. Fondo de Contribuciones Voluntarias para los Pueblos Indígenas

El Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas⁽⁷⁾ fue creado por resolución 40/131 de la Asamblea General, del 13 de diciembre de 1985 y tiene por objeto prestar asistencia financiera a

(6) Ver <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente.html>

(7) Ver <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/IPeoplesFund/Pages/Fondopoblacionesindigenas.aspx>

los representantes de las comunidades y organizaciones indígenas que desean participar en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en el Mecanismo de Expertos en Derecho Indígena, en el Consejo de DDHH, en la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas y en otras sesiones especiales.

La asistencia se sufragia con contribuciones voluntarias de los gobiernos, organizaciones no gubernamentales y otras entidades privadas o públicas.

A lo largo del año se hacen cinco convocatorias, en un ciclo ajustado a los períodos de sesiones de los distintos mecanismos. Además de celebrar períodos de sesiones anuales, la Junta ha establecido un sistema de reuniones entre períodos de sesiones organizadas por correo electrónico para decidir sobre la concesión de subvenciones a las organizaciones y comunidades de pueblos indígenas. Las reuniones entre períodos de sesiones se celebran por lo general en mayo, agosto y noviembre de cada año.

El Fondo está administrado por el Secretario General de acuerdo con los reglamentos financieros y las reglas de las Naciones Unidas. Para ello, cuenta con el asesoramiento de una Junta de Síndicos. El mandato de la Junta consiste en informar al Secretario General sobre la utilización de los fondos, a través de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

La Junta está integrada por cinco personas con experiencia en temáticas que afecten a pueblos indígenas. Estas personas actúan a título personal. Los miembros de la Junta son designados por el Secretario General por un período renovable de tres años. Por lo menos un miembro de la Junta debe ser un representante de una organización de pueblos indígenas que goce de un amplio reconocimiento.

2.2.6. La labor de otros organismos internacionales de Naciones Unidas

A la labor realizada por los organismos internacionales especializados en la cuestión indígena mencionados hasta aquí, debemos sumar la tarea de otros organismos, comités, consejos u órganos de tratados, que si bien tienen un mandato mayor o de otra materia, abordan la cuestión por su vinculación y conexión.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo, como agencia especializada del sistema de las Naciones Unidas, actúa como órgano de aplicación de los Convenios 107 y 169, solicita informes, recibe denuncias y quejas,⁽⁸⁾ provee asistencia técnica e imparte recomendaciones a los Estados.

Por su parte, los organismos de tratados también han realizado una interesante labor de seguimiento y supervisión a los Estados para que cumplan con

(8) Deben realizarse a través de una organización sindical o gremial.

las directrices de determinados convenios internacionales, incorporando la perspectiva indígena. En este grupo vale destacar:⁽⁹⁾

- a) *El Comité del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos ha aplicado varias de sus disposiciones en el contexto específico de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la libre determinación (art. 1º), y los derechos de las minorías nacionales, étnicas y lingüísticas. (art. 27).*
- b) *El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, responsable de supervisar la implementación del Pacto, ha aplicado también algunas de sus disposiciones en el contexto específico de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la vivienda; el derecho a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho a la salud; el derecho al agua, entre otros.*
- c) *El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), responsable de la supervisión de la Convención, ha prestado una especial atención a la situación de los pueblos indígenas a través de sus distintos procedimientos (por ejemplo, observación general 23, Pueblos indígenas).*
- d) *El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha prestado una especial atención a la situación de las mujeres indígenas como grupos particularmente vulnerables y desaventajados. Véase, por ejemplo, la recomendación general 24 (La mujer y la salud). En la resolución que establece su mandato, el Consejo de Derechos Humanos ha solicitado al Relator Especial que preste una especial atención a la situación de las mujeres indígenas.*
- e) *El Comité sobre los Derechos del Niño ha prestado una especial atención a la situación de la infancia indígena (véanse las recomendaciones del Comité).⁽¹⁰⁾ En la resolución que establece su mandato, el Consejo de Derechos Humanos ha solicitado al Relator Especial que preste una especial atención a la situación de los niños y las niñas indígenas.*

También el Examen Periódico Universal de Naciones Unidas como mecanismo que tiene por objeto mejorar la situación de los derechos humanos sobre el terreno, evaluar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos de los Estados, mejorar la capacidad de los mismos y compartir las buenas prácticas entre los Estados y otros interesados; incorpora temáticas y recomendaciones referidas a pueblos indígenas.

Por otra parte, en el ámbito del Sistema Interamericano resalta la labor de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; ambas instancias, en sus resoluciones, informes y sentencias, recogen y aplican de modo armonioso los principios y disposiciones de las distintas normativas de derecho indígena y derechos humanos.

(9) Sistematización desarrollada en <http://www.territorioindigena.com.ar/Derechos-pueblos>

(10) Ver, por ejemplo, observación 11 del Comité de los Derechos del Niño, del 2009.

3. Derecho político: teoría del Estado y derechos indígenas

3.1. Puntos de encuentro y puntos de tensión

Las asignaturas vinculadas con la teoría del Estado, denominadas en diferentes currículas como Teoría del Estado (UBA), Derecho Político (UNLP, UNPSJB, etc.) Ciencias Políticas (UNL) entre otras, reconocen un fuerte anclaje en la categoría del “Estado nación”. Los autores, teorías, miradas y lecturas que se recomiendan a los alumnos de grado de abogacía parten de una perspectiva fuertemente arraigada en autores clásicos que, como es obvio, no tuvieron oportunidad histórica de reflexionar sobre los desafíos que actualmente plantean los pueblos indígenas a los Estados modernos.

La sola admisión de la categoría “pueblos indígenas” es inhallable en los programas de estudio de esta materia, por lo general asentados en un paradigma de superioridad cultural occidental. Es cierto que esta categoría ha sido resistida por los Estados tanto que el primer tratado de derechos humanos estaba dedicado a las poblaciones indígenas (Convenio 107 de la OIT, 1957) con una orientación hacia la asimilación y que el término “pueblos” aparece recién en el Convenio 169 de la OIT, celebrado en 1989.

Sin embargo, las novedades introducidas en las últimas tres décadas del siglo XX en los sistemas constitucionales de la región, plasmadas por ejemplo en nuestro país en la cláusula sobre los derechos indígenas (art. 75, inc. 17), pero en términos más generales por la elevación del derecho internacional de los derechos humanos al máximo rango, han comenzado a impactar en la enseñanza de la teoría política.

En este sentido, los derechos de los pueblos indígenas representan uno de los nuevos desafíos que los profesores del área están obligados a abordar, a la luz de un nuevo estatus de los instrumentos internacionales y una nueva dinámica de relación entre países, organizaciones supranacionales y otros sujetos que tensionan las clásicas nociones del Estado.

3.2. Compatibilización de tradiciones jurídicas y de sistemas axiológicos en conflicto

Si bien los docentes del área usualmente explican la aparición histórica del Estado nación como un momento en la conformación del Estado moderno, es muy poco frecuente, o al menos no son muy difundidas, experiencias en las que dicha noción se revise a lo largo de los siglos posteriores, y mucho menos que se oponga al trasluz de los derechos de los pueblos indígenas.

Por solo citar un ejemplo, un tema clásico del área es el concepto del Estado y el desarrollo de sus elementos. Cuando se aborda el elemento “población” surge una excelente oportunidad para revisar los conceptos tradicionales, ya que usualmente se realiza la distinción con el término “pueblo”, pero es sumamente infrecuente que se lo confronte con los sujetos indígenas.

A título de ejemplo, resaltamos que en el programa de la materia “Derecho político” de la Universidad Nacional de Cuyo,⁽¹¹⁾ se propone el punto “La problemática de las comunidades nacionales”, lo que demuestra una preocupación especial por trabajar la complejidad de este elemento. Es posible que dicha inserción se remita más bien a las minorías nacionales extranjeras, pero está claro que supone una visión más amplia del asunto, e incluso una búsqueda especial de material bibliográfico. En efecto, no es extraño que el tratamiento habitual resulte tan ortodoxo si los autores del rubro tampoco brindan elementos que sustenten una revisión de las posiciones clásicas.

Tal como explica Moreira (2009, pp. 78-86) en nuestra Constitución Nacional, pero también en diversos autores de teoría política, se realiza un empleo confuso de los conceptos de “pueblo”, “etnia”, “nación” y “minorías étnicas”; categorías que conviene repasar suficientemente si se pretende incorporar a la enseñanza de la ciencia política el impacto histórico, sociológico, jurídico y político de los derechos de los pueblos indígenas.

Este es uno de los desafíos que los docentes debemos enfrentar para abordar adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas: la puesta en revisión de algunas categorías clásicas y para ello hallar pistas sobre bibliografía acorde, lo que esperamos enfrentar en alguna medida con el presente manual.

3.3. Incorporación al ordenamiento jurídico nacional de legislación, jurisprudencia y prácticas sensibles a la diversidad, en la temática del módulo

Los docentes respetuosos de la interculturalidad o interesados en trabajar paradigmas inclusivos de los pueblos indígenas tienen que evitar la inercia de mantener los mismos textos y el mismo abordaje en las clases. Es preciso problematizar acerca de la estructura del Estado, desnaturalizarla y alentar procesos de razonamiento crítico en todos los tópicos que la currícula requiere abordar.

Esto no implicará lógicamente el abandono de los autores clásicos, los que siempre pueden releerse en clave de nuevas preguntas, nuevas realidades y nuevas necesidades políticas.

En este sentido son de inestimable valor los trabajos realizados por Germán Bidart Campos (2001; 2003), que fue un firme impulsor de nuevas ideas para asegurar la vigencia sociológica de la nueva cláusula constitucional sobre pueblos indígenas y reclamó una relectura de la teoría del Estado que contenga los derechos de los pueblos indígenas.

3.4. Identificación de malas prácticas en el área de estudio

Resultan prácticas negativas en esta materia la naturalización de las categorías tradicionales de la teoría política. Si bien esta observación podría servir en general para la tarea docente, pues hace tiempo que se ha superado la idea

(11) Ver la Unidad VIII del programa analítico de la cátedra “Derecho político” (2013-2014) en <http://derecho.uncuyo.edu.ar/upload/07-politico-2013-2014-i.pdf>

de alumno como recipiente del conocimiento acabado, en el caso de estudio, es imperativo estar sumamente alertas.

La falta de abordaje de la realidad histórica, política y jurídica de los pueblos indígenas también implica negativamente el rol docente. Dado que usualmente los reclamos de los pueblos indígenas no forman parte de la agenda política y mediática, es poco probable que surjan para trabajar en clase ejemplos provenientes de conflictos o realidades de estos pueblos. Es lo que se conoce como “invisibilidad” de los pueblos indígenas y que, de no ser introducida expresamente por los docentes, seguirá siendo reproducida por los estudiantes.

Una de las respuestas más negativas en torno a esta “invisibilización” consiste en la asignación de roles sumamente negativos frente a los reclamos de los pueblos indígenas. De este modo, los pueblos indígenas pasan de la inexistencia a la impugnación y demonización de sus identidades. Los estudios clásicos de la teoría del Estado proporcionan en ciertas ocasiones elementos que sirven de sustento a estas formas de agresión a los pueblos indígenas.

Los conflictos que tomaron estado público nacional en la cordillera chubutense durante el año 2017 han brindado una buena muestra de estos mecanismos.

3.5. Algunas conclusiones

La incorporación de los derechos de los pueblos indígenas a la enseñanza de las ciencias políticas en las facultades de Derecho en Argentina supone un esfuerzo importante para los docentes, pues requiere ineludiblemente la revisión de categorías clásicas que han moldeado el sustrato de las ideas políticas de las instituciones constitucionales. Por el mismo motivo resulta difícil hallar textos sobre los que basar esas innovaciones pedagógicas. Lo mismo ocurre lógicamente con los programas de las materias, que se asientan en un marco teórico sumamente afincado en la idea del Estado nación.

Problemas centrales para la teoría política como la justificación del Estado, de sus fines, la representación política, entre otros, adquieren nuevas dimensiones problemáticas si consideramos las demandas y aspiraciones a la luz de la cosmovisión de los pueblos indígenas. Conceptos tales como “raza” u “homogeneidad étnica” en relación al concepto de la “calidad óptima” de la población subsisten en algunos textos utilizados en cátedras del área en análisis (López, 1992, p. 330).

Es que el dique que contenía este tipo de problemas como ajenos a la ciencia política y constitucional ha sido muy debilitado a partir de la reconfiguración de los Estados luego de la Segunda Guerra Mundial y con la incorporación de instrumentos internacionales y nacionales —reseñados en la parte general de este trabajo— que, entre otras cosas, reconocen un nuevo trato que debe prodigarse a los pueblos indígenas, basado en el reconocimiento de su existencia anterior a esos Estados.

Esperamos que este trabajo colabore con ideas que permitan la aparición de nuevas categorías, la reformulación de otras existentes y la construcción de nuevos dispositivos teóricos que den cuenta de Estados interculturales capaces de contener a todos los pueblos que habitan hoy nuestros países.

4. Derecho constitucional y derechos indígenas

4.1. Compatibilización de tradiciones jurídicas y de sistemas axiológicos en conflicto

La enseñanza del derecho constitucional en nuestro país no asigna a los derechos de los pueblos indígenas una importancia más que secundaria o tangencial en el mejor de los casos. Dejamos a salvo la existencia de materias en general optativas que se dictan en algunas unidades académicas (por ejemplo, en la Universidad de Buenos Aires hay ofertas de cursos del Ciclo Profesional Orientado), pues aunque nos consta que el enfoque es sustancialmente distinto, no se trata de una formación general para los egresados, sino una opción para un número limitado de estudiantes interesados.

A los fines de este trabajo hemos realizado un muestreo sin pretensión alguna de generalidad, tomando en consideración los contenidos de once (11) programas de universidades nacionales de distintas regiones del país.

En forma preliminar es necesario aclarar que bien sabemos que los contenidos expresados en los programas de las materias suelen ser referencias generales y que las/los docentes solemos abordar dichos temas de muy diversa forma. Del mismo modo, la forma de agrupar los temas y organizar la estructura curricular de la materia debe analizarse en consonancia con los ejemplos dados en clase, el estilo de la propuesta pedagógica, etc. Sin embargo, el hecho de que en la mayoría de los programas revisados no se proponga como tema los derechos de los pueblos indígenas o incluso se manifieste una tendencia a un constitucionalismo clásico e individualista, representan datos de importancia para saber desde donde partimos.

Uno solo de los programas analizados resalta la naturaleza colectiva de estos derechos. Contiene un apartado dedicado al: “Derecho al medio ambiente sano, de los consumidores y usuarios y los demás derechos ‘colectivos’. Derechos de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17 CN)”. Otro programa de la misma universidad introduce una unidad titulada: “La sociedad y el Estado argentino” y dentro de la temática de la nacionalidad el punto “Los pueblos indígenas”.

En un programa de otra casa de estudios la temática aparece mencionada en la unidad referida a la igualdad, bajo un punto que reza: “Tratamiento especial de los pueblos indígenas. Art. 75, inc. 17 CN”. Otra cátedra de la misma facultad se refiere el tópico en un punto que anuncia: “c) tratamiento especial de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17) y los extranjeros (arts. 20, 21 y 25)” dentro de una unidad denominada: “La situación constitucional de las personas”.

El programa oficial de otra universidad incluye el tema del siguiente modo: “Derechos de los indígenas. Evolución. Derecho comparado. Protección constitucional, tratados internacionales y legislación nacional. Jurisprudencia internacional”. En principio esta formulación aparece como un buen comienzo, más allá de la dificultad para que la palabra “indígena” aparezca conectada con el término “pueblos”, lo que resaltaría su eminente carácter colectivo. Sin embargo, al revisar entre los objetivos del mismo programa notamos en uno de ellos que alude al de “... contribuir a la formación del sentido de **pertenencia e identidad nacional**”.⁽¹²⁾

Otra casa de estudios con distintas sedes en una región de enorme conflictividad en relación con los pueblos indígenas tampoco tiene en todos sus programas de derecho constitucional un reconocimiento robusto de la temática. La sede que destaca aborda la cuestión desde una perspectiva de derechos colectivos y aludiendo expresamente al texto constitucional y al Convenio 169 de la OIT. Otra sede lo hace incluyendo en el análisis constitucional de la igualdad el “tratamiento especial de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17)”. Una tercera incluye la voz “indígenas” en la unidad sobre igualdad, mencionando al art. 75, inc. 17 dentro de las medidas de acción positiva de la Constitución. La restante sede no lo incluye como tema en su programa.

Las referencias expresadas no agotan la realidad en que se dictan las materias en algunas unidades académicas, ni representan una muestra suficiente para realizar conclusiones generales, pero sirven para brindar algunos indicios sobre la forma en que se está enseñando actualmente la materia y el lugar que ocupa el derecho de los pueblos originarios dentro de la currícula general.

4.2. Puntos de encuentro y puntos de tensión

Tal como afirma Ramírez (2015, p. 25), “la matriz constitucional del siglo XIX que dio origen a los Estados latinoamericanos —construida de espaldas a los pueblos indígenas— no se ha transformado sustantivamente” tomando por matriz “a la estructura básica alrededor de la cual el Estado se organizó jurídica y políticamente tal como hoy lo conocemos”. Si por otro lado consideramos que en el caso de Argentina esa Constitución histórica situaba a los indígenas en el mismo inciso de las fronteras, y procuraba su conversión al catolicismo, no tardaremos en entender la dificultad para incorporar en las instituciones constitucionales (y por ende en la enseñanza del derecho) a los derechos de los pueblos indígenas.

Tal como se ha desarrollado en la parte general de esta obra, se requiere un cambio de paradigma para entender el modo de igualdad emancipadora que reclaman los pueblos indígenas, atada indefectiblemente al respeto a sus derechos colectivos. Probablemente por ello los derechos indígenas aparecen en algunos planteos de cátedra en relación con el derecho de la igualdad, cuyo paradigma más clásico se encuentra gravemente amenazado. Incluso de

(12) El resaltado nos pertenece.

algunos de los casos analizados podría deducirse que se trata de una anomalía o excepción en relación con el principio constitucional de igualdad. También allí podemos encontrar razones para entender por qué la perspectiva de derechos colectivos resulta poco frecuente, y en su lugar se utiliza alguna forma de eludir este carácter, por ejemplo “tratamiento especial” o “protección”.

Tal como ha resaltado Hualpa (2003, p. 24), la aparición del inc. 17 del art. 75 sobre pueblos indígenas generó una enorme resistencia en los autores, que se quejaron de la redacción criticándola por “confusa”, “compleja”, “ilusoria”, “oscura”, “no operativa”, “sin aplicación” e “innecesaria”. La operatividad de la cláusula generó arduas discusiones que solo se acallaron con sucesivas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, dictadas a partir del año 2002 (CSJN, 2002; 2003; 2004; 2008; 2008; 2013; 2015). Sin embargo, esta resistencia de destacados autores da cuenta de la dificultad de comprensión e incorporación de los derechos indígenas a la práctica institucional y seguramente a la enseñanza del derecho.

La existencia de **un único pueblo identificado con una Nación** como elemento humano del **Estado** —aspecto ya desarrollado en esta obra— torna sumamente impermeables a las instituciones constitucionales en relación con los pueblos indígenas y sus demandas. Entendemos que resulta imperioso, tal como ocurre en el caso de la teoría política, cuestionar esta visión monocultural así como sus consecuencias.

A solo título de ejemplo, la Constitución de 1994 elevó al rango constitucional la figura del Defensor del Pueblo y cabría preguntarnos y proponer a nuestros estudiantes: ¿cuál es el pueblo al que defiende este funcionario? Sobre todo tomando en cuenta que el Defensor tiene competencia para intervenir en casos de violación de los derechos de los pueblos indígenas, y así lo ha hecho incluso en casos resonantes como en la medida cautelar solicitada a la Corte Suprema de Justicia por la grave situación de violación de derechos a la salud, alimentación, agua potable, entre otras, que sufrían comunidades del pueblo Qom en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de Chaco (CSJN, 2007).

Hemos visto que algunos programas de la materia Derecho Constitucional agrupan los derechos o “el tratamiento especial” de los pueblos indígenas en el tema de la igualdad constitucional, y esto se conecta perfectamente con lo expresado en la parte general de este trabajo sobre la mirada especial que requieren los pueblos indígenas en clave de respeto a su existencia colectiva. La aparición de los derechos indígenas tensiona, por ejemplo, la idea de que los “grupos desaventajados”, e incluso la de “minorías”, cuyas situaciones el derecho constitucional y la teoría de los derechos humanos tiende a afrontar con medidas de acción positiva. Es que la igualdad como emancipación, de la que venimos hablando en el inicio de esta obra, requiere el reconocimiento de cada pueblo indígena y de sus derechos colectivos, resultando insuficientes las herramientas que pueden servir para los niños, ancianos o discapacitados.

Tampoco es fácil de establecer cuáles son las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de estos pueblos, cuando incluso el Estado cuenta con incierta información sobre la cantidad de pueblos y comunidades u otras formas de organización social indígenas existentes. Ni siquiera existen datos certeros sobre la cantidad de miembros de estos pueblos, tal como reseñamos al inicio de esta obra. En relación con lo que enseñamos en nuestras aulas sobre la función judicial, resulta dudosa la afirmación de que el Poder Judicial ostente el monopolio exclusivo de la jurisdicción, ya que como se desarrolla en el capítulo penal de este trabajo, el reconocimiento se extiende a las propias formas de solución de conflictos y a asignar valor a sus instituciones, costumbres o derecho consuetudinario (arts. 8°, 9° y 10 del Convenio 169 de la OIT).

La consulta, participación y consentimiento indígenas tampoco encuentran un lugar adecuado en las prácticas institucionales de nuestro país y obviamente en el modo habitual de los planteos de enseñanza del derecho. Es que tanto el texto constitucional (art. 75, inc. 17) como el Convenio 169 de la OIT (especialmente arts. 6°, 7°, 13, 14 y cs.) instituyen el derecho de estos pueblos a ser consultados en forma previa, libre, informada, de buena fe y a través de sus instituciones representativas, con la finalidad de lograr el consentimiento “cada vez que se promuevan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Eso explica, por ejemplo, que algunos prestigiosos autores como Colautti (1999, p. 2016) se hayan desconcertado hasta el punto de afirmar sobre la participación establecida en el art. 75, inc. 17 CN que “era innecesario proclamarla como un derecho específico de los pueblos indígenas” por entenderla abarcada en la participación que asegura a todos los habitantes el art. 41 CN.

4.3. Incorporación al ordenamiento jurídico nacional de legislación, jurisprudencia y prácticas sensibles a la diversidad, en la temática del módulo

Si bien antes de la reforma de la Constitución en 1994 se habían dictado a nivel nacional, y sobre todo en algunas provincias, diversas normas de protección (por ejemplo, ley 23.302), a partir del art. 75, inc. 17 CN los derechos indígenas comenzaron a reclamar un estatus distinto, alejados de la visión paternalista. La ratificación en el año 2000 del Convenio 169 de la OIT, que había sido aprobado por el Congreso ocho años antes, resultó otro espaldarazo para el reconocimiento de los derechos colectivos y animó a estos pueblos a reclamar mayor participación en la formulación de políticas públicas y también mayor respeto a su derecho a la libre determinación. Con la llegada de las declaraciones de la ONU, y más recientemente de la OEA sobre derechos de los pueblos indígenas, el lugar de los pueblos como sujetos de derechos colectivos, y la incorporación dentro de los demás pueblos que reconocen los dos principales tratados universales de derechos humanos en su art. 1° (PIDCyP y PIDESC), resultó innegable.

Por otro lado, estas primeras resistencias de los autores fueron cediendo poco a poco con un trabajo interpretativo de algunos tribunales y la prédica consistente

de prestigiosos doctrinarios que propugnaban por asignar plena vigencia a los derechos de los pueblos indígenas, como una obligación estatal que incumbía a los tres poderes del Estado y como un mandato ético que interpelaba a toda la sociedad. En este marco, las sentencias de tribunales internacionales, como las de la Corte IDH ya reseñadas, de la mano de una doctrina de la CSJN sobre la obligatoriedad de los fallos de los órganos internacionales de derechos humanos, fueron cimentando un nuevo camino de realización —aunque con traspiés— de los derechos de los pueblos indígenas.

También en el plano de los procesos y el trato de los tribunales hubo fuertes influencias. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en el año 2008 en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, representaron otro paso en torno de la consideración adecuada de los derechos indígenas.

En este marco, algunas estructuras estatales fueron modificándose a los fines de satisfacer en mayor medida el desafío de los derechos indígenas y otras continúan intactas. La Defensoría General de la Nación creó en el año 2008 el Programa sobre Diversidad Cultural, que funciona en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional (resolución DGN 1290/2008) con el objeto de “colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Recomendamos consultar el trabajo de investigación realizada por el área referida al acceso a la justicia de los pueblos indígenas” (Ministerio Público de la Defensa, 2010).

Por su parte, la Defensoría General de Chubut creó en el 2011 el cargo de Abogado adjunto con especialidad en derecho indígena y sede en Esquel, con la aspiración de “la construcción de un espacio proactivo en la defensa de los derechos indígenas” (resolución 99/2011- DGCh.). Otra iniciativa loable es la creación en el Superior Tribunal de Justicia de Chaco de un Registro Especial de Traductores e Intérpretes de Lenguas Indígenas que integra el Registro General de Peritos (resolución 1859 del 13 de octubre de 2015).

Amén de estos ejemplos mencionados, las restantes agencias vinculadas al servicio de justicia no han realizado reformas o ajustes que colaboren con el acceso a la jurisdicción y a los derechos de los pueblos indígenas, lo que resulta una falencia que debe revertirse.

4.4. Propiedad comunitaria, desalojos y emergencia

Entre las nuevas categorías que proponen al sistema jurídico oficial los derechos de los pueblos indígenas, se encuentra la de las tierras. La relación especial que los pueblos indígenas entablan con la tierra es el fundamento para distinguir la propiedad y posesión comunitarias de las tierras de los vínculos previstos por el derecho común e, incluso, con la propiedad en términos clásicos del derecho constitucional. Como ha reconocido la Corte IDH en el caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay” la relación única con el territorio tradicional “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se

encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura" (Corte IDH, 2006).

Es por esto que las garantías y procesos existentes en el sistema jurídico nacional se han demostrado insuficientes para la protección de la propiedad y posesión comunitarias, y menos aún para que los pueblos puedan acceder a "otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano", conforme promete la cláusula constitucional. Así fue que en el año 2006 fue preciso que el Congreso dictara la ley 26.160 que establece en su art. 1º la "emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país" por cuatro años y suspende por dicho plazo los desalojos de comunidades indígenas (art. 2º). En los siguientes artículos prevé un relevamiento técnico, jurídico y catastral de esas tierras y asigna presupuesto para ejecutarlo. Dicha norma fue renovada mediante dos prórrogas (leyes 26.554 y 26.894) y al término de esta última prórroga el relevamiento no se ha terminado.

Resulta necesario señalar que las "emergencias" en materia constitucional para ser válidas requieren, entre otros requisitos, la limitación temporal, tomándose las sucesivas prórrogas como indicio de su apartamiento de la excepcionalidad con que se han interpretado. Sin embargo, aunque la técnica legislativa es discutible, lo cierto es que la ley 26.160 representa el único programa del Estado nacional para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas a nivel internacional con el Convenio 169 de la OIT (especialmente arts. 14 y ss.). En el análisis de normas como la ley 26.160, los operadores del derecho constitucional tendremos que tener presente, y los que somos docentes enseñar, una amplitud que deviene del sentido de estas normas de protección a los pueblos indígenas.

4.5. Algunas conclusiones

La inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en la enseñanza del derecho constitucional plantea diversos desafíos y obliga a incorporar nuevas categorías completamente distintas de las que ofrece en términos clásicos la especialidad. En parte ello se ve influido por el influjo de las modificaciones que se recomiendan en las materias que usualmente la anteceden en el trayecto de enseñanza, es decir aquella en la que se enseñe la teoría del Estado en cualquiera de sus denominaciones.

Pero aun en cuanto a los temas específicos del derecho constitucional, será preciso un esfuerzo adicional. La mera incorporación de la teoría de los derechos humanos no alcanza para atender la magnitud de las reestructuraciones, ampliaciones y enmiendas que demandan los derechos indígenas a la academia. Será preciso vencer una resistencia que tiene un siglo y medio de tradi-

ción y que ha formado a nuestros operadores sin matices en toda la geografía educativa de nuestro país.

Un buen comienzo para entender y enseñar este viraje puede proporcionarlo la comparación del inciso histórico sobre indígenas en el texto constitucional, con el incorporado en 1994 y hacernos cargo —en lugar de resistirnos— del reconocimiento del constituyente, portador de una verdadera promesa de reparación histórica hacia estos pueblos. Debemos asumir que la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas tiene un sentido político profundo y un sinnúmero de efectos jurídicos concretos.

A la luz de tan opuesta visión histórica, las actuales instituciones de nuestro sistema político merecen una revisión honesta, profunda e intercultural. Si somos capaces de construir un Estado sin discriminaciones, sin colectivos subalternos, sin sometimiento de personas o de grupos, seguramente podremos decir que aportamos como docentes a un mundo más democrático, más igualitario y más respetuoso de la diversidad.

5. Derechos reales y derechos indígenas

5.1. La cuestión de la propiedad comunitaria indígena

Uno de los debates actuales instalados en el campo del derecho es el de la propiedad comunitaria indígena (PCI). El diseño de su marco regulador posiciona a la doctrina en el complejo debate de las categorías, los conceptos y la naturaleza jurídica de las instituciones del derecho. En este sentido, una primera mirada a los conceptos que se reúnen en torno a la PCI implica advertir que el término “tierra” comprende al territorio y que este no es una cosa objeto sobre la cual el titular ejerce su poder jurídico hacia el logro de la satisfacción de sus intereses. Tierra y territorio en materia de derecho indígena parten de una relación material y espiritual que contiene a los pueblos indígenas y sus comunidades; y que se define en términos de “cosmovisión”. El sujeto —indígena, comunidad, pueblo— se entiende desde su génesis como colectivo, basado su relación con la tierra/territorio en valores ancestrales y culturales. Lo colectivo no es igual a la suma o multiplicidad de sujetos; el sujeto colectivo no puede realizarse de modo individual sino como componente de la comunidad.

5.2. Antecedentes

En la década de los 90, luego de la aprobación del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre derechos de los pueblos indígenas, se llevaron adelante una serie de reformas constitucionales de Estados latinoamericanos que suscribieron el compromiso internacional de adecuar sus legislaciones internas para incluir los derechos colectivos indígenas; entre ellos los derechos territoriales relacionados con la tierra, el territorio y los recursos naturales,

En el caso argentino (Reforma de 1994), los derechos indígenas se introducen en el art. 75, inc. 17 CN a partir de un texto que comienza por reconocer la preexistencia étnica y cultural; garantizar el respeto a la identidad y el derecho a la educación bilingüe e intercultural; se reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan, así como la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; se reconoce también el derecho de participación de los pueblos indígenas vinculado a la gestión de los recursos naturales y otros intereses que los afecten. Se integra con el inciso 22 del mismo artículo que constituye lo que se denomina el “bloque de constitucionalidad federal”. Los tratados internacionales, especialmente el Convenio 169 de la OIT, y la posterior Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en 2007, les dan al inciso 17 del artículo 75 su real interpretación, alcance y sentido. Sin lugar a dudas que este cambio provocó en Argentina un mejor posicionamiento al movimiento indígena, sus organizaciones y las organizaciones sociales en las luchas cotidianas, a la par que abrió las puertas para el desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial.

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en 1992 por ley nacional 24.071; entrando en vigencia recién en el año 2001. Sin embargo, fue la fuente inspiradora para los legisladores que redactaron el art. 75, inc. 17 CN, y a la vez es su fuente de interpretación.

En los arts. 13 y 14 del Convenio se reconocen los derechos territoriales; su concepción se corresponde a cuatro situaciones:

- a) *tierras y territorios de posesión tradicional;*
- b) *tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso que las perdieron involuntariamente transmitidas a terceros de mala fe;*
- c) *tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso que las perdieron involuntariamente y fueron transmitidas a terceros propietarios legítimos;*
- d) *otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano que el Estado haga entrega.*

A su vez el Convenio establece obligaciones a los Estados vinculadas a tomar medidas para determinar y demarcar las tierras ocupadas tradicionalmente, así como garantizar los derechos de propiedad y posesión y adecuar las legislaciones internas.

El Estado argentino da comienzo al cumplimiento de sus obligaciones principalmente con dos normas: la ley 26.160 del año 2006 y sus reiteradas prórrogas —leyes 26.554 y 26.894—, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras; suspende la ejecución de sentencias, actos procesales y administrativos que tengan por fin el desalojo y manda al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) a realizar un relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial.

Esta ley pone de relieve las continuas violaciones a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, y nótese que fue necesario sancionar esta norma para brindar protección frente a los reiterados despojos y turbaciones.

Resulta ilustrativo transcribir algunas palabras del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en su visita al país en el año 2012: "... la grave inseguridad jurídica de las tierras indígenas se ve reflejada en el alto número de desalojos practicados a dichas comunidades (...) el gobierno federal y especialmente, los gobiernos provinciales y los tribunales deben aplicar la letra y el espíritu de las leyes 26.160 y sus prórrogas..." (reunión en la Cámara de Diputados de la Nación, expte 1996-D-2013). Finalmente, la ley 26.160 es un proceso inconcluso al día de hoy, donde se mezclan negligencias, incapacidades, intereses económicos y conflictos regionales.

En segundo término, en el año 2010, en el marco del Bicentenario de la Nación, el Ejecutivo nacional, a través del decreto 700/2010, ordena crear una comisión de análisis e instrumentación de la propiedad comunitaria indígena, que funcionaría en el ámbito del INAI con participación de las provincias y de los pueblos indígenas, a través del Consejo de Participación Indígena (CPI) y organizaciones territoriales de pueblos indígenas.

En medio de reclamos cruzados por organizaciones y pueblos indígenas que entendían que se viola el derecho modular de participación y consulta previa, de conformidad a los estándares internacional establecidos en la materia, la Comisión presenta en el año 2011 un anteproyecto de ley de PCI, pero el mismo queda frustrado frente al surgimiento del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.

Un comentario merece la ley nacional 23.302 por estar vigente desde el año 1985, advirtiendo que, por ser anterior a la reforma constitucional, se debe tener la prudencia de analizar sus disposiciones haciendo la necesaria adecuación normativa.

5.3. Naturaleza jurídica

Las posturas mayoritarias, en tanto, se ocupan de diseñar la naturaleza jurídica del instituto; lo ven como un nuevo derecho real, diferenciándose en su ubicación dentro del campo del derecho público o privado y asignando diferentes nominaciones a la figura. Acuerdan en que la fuente de creación es la Carta Magna; algunos van más allá y sostienen la doble función de la Constitución Nacional como fuente creadora y fuente de constitución.

Hay quienes, en relación a la causa de adquisición, diferencian dos situaciones: por un lado, el reconocimiento de la propiedad y posesión de las tierras ocupadas inmemorialmente, cuya causa originaria del nacimiento del derecho real sería la usucapión o prescripción adquisitiva; por el otro lado, respecto a la entrega en propiedad de otras tierras aptas para el desarrollo, ven como causa del derecho real a la donación realizada por el Estado a las comunidades indígenas.

Otros ven a la propiedad indígena como un derecho real comunitario de naturaleza especial, ubicado dentro del dominio público y con analogía a los derechos reales administrativos.

Dentro de los autores que conciben a la PCI como un derecho real ubicado en el ámbito del derecho público, se destaca la posición de Gabriela Vázquez quien en diferentes documentos se ha expresado en tal sentido; resaltando el especial vínculo de los pueblos indígenas con la tierra/territorio; cabe citar tal postura acompañada por Jorge Alterini y Pablo Corna en la obra *Propiedad Indígena*:

Pese a cierto paralelismo con derechos reales clásicos, son tan acentuadas las particularidades que luego analizaremos, que no puede ponerse en tela de juicio que estamos en presencia de un instituto con rasgos propios.

Identificar la propiedad comunitaria indígena con las formas tradicionales de propiedad importa desconocer las profundas diferencias que existen entre ellas. La diversidad no pasó inadvertida para los convencionales constituyentes de 1994 (nota). Ya sabemos que la relación del indígena con la tierra tiene un punto de partida espiritual, pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales, en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno; pues esa matización es incompatible con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre tierra. No olvidan que allí nacieron ellos, que allí reposan sus antepasados, que allí nacieron sus hijos. Más que sentir que son poseedores de la tierra, su concepción encierra la idea de que la tierra los posee a ellos (Alterini, Corna & Vázquez, 2005).

En la misma línea, se trató el tema en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en el año 2009; la comisión “Derechos reales” concluyó por mayoría que: “La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (art. 75, inc. 17 CN), cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural.”

Es destacable que más allá de la noción como derecho real se realiza un trabajo profundo en marcar las notas especiales en cuanto a la esencia de la PCI que marcan la diferencia con los derechos reales de concepción clásica. Se considera la íntima vinculación del derecho a la tierra/territorio con el derecho a la identidad; se pone en resalto el valor de la diversidad cultural y la naturaleza comunitaria del derecho. Sin embargo, en mi opinión, esta posición doctrinaria queda encerrada en el paradigma occidental; captan la diferencia, pero no escapan de la matriz individualista del derecho de propiedad, maquillaje que se le busque, el derecho real es una figura que, por su naturaleza jurídica e histórica, nos coloca en el pórtico del individualismo. Sea

en el campo privado o en el público, catalogar a la PCI como un derecho real implica colocarle viejos ropajes que la disfrazan, luego desnaturalizan la verdadera esencia que tiene la PCI al darle un tratamiento analógico al derecho real de dominio sobre cosa propia y endilgarle los caracteres propios de este. A la par se termina también por alterar la figura del derecho real, limitando y restringiendo la extensión del contenido del poder que un titular ejerce sobre la cosa objeto de su derecho.

La escasez del sistema moderno occidental queda mágicamente lograda por el profesor Carlos Federico Marés de Souza Filho (1998), en la siguiente metáfora:

El intento de encuadrar el derecho de un pueblo indígena dentro del derecho estatal equivale a intentar guardar un balón grande y plagado de colores dentro de un cajón estrecho. Claro que es posible, quitándole, por ejemplo, todo el aire al balón, lo que desvirtuaría su forma esférica y desnaturalizaría los colores que lo embellecen, dejaría de ser un balón, dejaría de ser derecho indígena. Por otro lado, se podría dejar abierto el cajón, manteniendo el balón vivo y colorido, pero entonces, con el cajón siempre abierto, el sistema se desfiguraría, y la funcionalidad de sus partes se vería comprometida. Así es imposible encuadrar dentro de un sistema de cajones, un sistema de balones inflados fluctuantes y llenos de color, pero es posible que ambos subsistan en el respeto y admiración mutua.

La PCI trasciende el concepto de derecho real, exige el diseño de una arquitectura jurídica en el marco de los derechos colectivos, capaz de commensurar lógicas y modos de conocimiento diferentes, a la par que dé cuenta del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

5.4. Su mención en el Código Civil y Comercial de la Nación

Los debates en doctrina mencionados en el apartado sobre la naturaleza jurídica de la PCI tuvieron su eco en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, que a diferencia de su antecesor proyecto de 1998, previó a la PCI dentro del libro IV de los derechos reales, enumerándola en el sistema de *numeris clausus* y dedicando luego un título a su regulación; la definió como “el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas” (art. 2028). Los siguientes artículos establecían su titularidad; modos de constitución; caracteres; facultades; prohibiciones; disposiciones relativas al aprovechamiento de los recursos naturales y el derecho real de dominio como norma supletoria en todo lo que no sea incompatible.

La regulación en su conjunto, además de ser posible de inconstitucionalidad, iba a contramarcha de los avances logrados en el derecho internacional de

la mano de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollada a partir de “Awas Tingni vs. Nicaragua” (2001) y plasmada en estándares internacionales obligatorios para la Argentina, como Estado parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, conforme Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

En grandes rasgos, no se contemplaba el aspecto colectivo del derecho ni se destacaba el componente espiritual como tampoco las distintas cosmovisiones de los pueblos y, por tanto, no se reconocía el derecho a la libre determinación. Se regulaba solo la propiedad rural, ignorando las situaciones de propiedad comunitaria urbana; nada se establecía respecto a la especial connotación de la posesión tradicional ni de las diferencias con la posesión civil. Pero además del “qué” se regulaba, el “cómo” se reguló tenía desde su nacimiento el germen de un destino fatal, en tanto no se había cumplido con la obligación de participación y consulta a los pueblos indígenas (arts. 75, inc. 17 y 22 CN; y art. 6º del Convenio 169 de la OIT).

El proyecto tuvo la fortaleza de ser sometido al debate nacional a través de audiencias públicas que se llevaron a cabo en las provincias, y en las que los interesados podían inscribirse a los fines de tener una intervención oral, previo acompañamiento de ponencia escrita. Es así que los pueblos indígenas y organizaciones de la sociedad civil vinculadas al trabajo conjunto con los pueblos realizaron profundas críticas en relación a la regulación de la PCI y otras cuestiones conexas, como la regulación de la personería jurídica de carácter privado; finalmente fue suprimida la regulación de la PCI del libro IV de los derechos reales.

El Código Civil y Comercial vigente menciona a la posesión y PCI en el art. 18 remitiendo a la Constitución Nacional y a lo que una ley especial deberá legislar; expresa el art. 18 CCyC:

Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional.

La mención contenida en el artículo sobre el reconocimiento de la existencia de la posesión y propiedad comunitaria y su derivación a la fuente de creación es significante en el nuevo paradigma que abre juego el Código.

El nuevo Código del siglo XXI se enrola en una nueva cultura jurídica respecto al Código velezano; se despoja de la tradición romana, hispana, francesa y pone los ojos en nuestra región; así lo expresa en los “Fundamentos del Proyecto”. Es un código de valores y principios; un código tuitivo de la vulnerabilidad de determinados grupos sociales.

Es un código que propone el dialogo de fuentes, enmarcado en el proceso de constitucionalización del derecho privado, comunicando los ámbitos público y privado. Se establece una nueva dinámica de diálogo con la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos, los microsistemas legislativos, los usos y prácticas. En este sentido, los operadores del campo legal, especialmente defensores y jueces, frente a un conflicto en el que estén involucrados derechos territoriales de las comunidades indígenas con derechos derivados de la propiedad privada, disponen de una norma fundamental como lo es el art. 18 para abrir el diálogo de fuentes; conectando el sistema del código con el microsistema del derecho indígena, conformado por un corpus normativo específico (art. 75, inc. 17 CN; arts. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT; Declaración de la ONU; Declaración de la OEA; leyes nacionales y provinciales).

El art. 18 renueva el debate y la necesidad de iniciar un proceso de construcción colectiva y participativa de una ley de PCI. El reconocimiento de la diversidad cultural implica a la postre el reconocimiento de la *jus diversidad* y demanda el esfuerzo conjunto de comprender a partir de percibir lo diferente.

5.5. Concepto

Se han elaborado diferentes conceptos que resaltan aspectos internos y externos de la figura; a continuación, se ensaya uno que intenta contemplar los rasgos fundamentales de la PCI: **la propiedad comunitaria indígena es un derecho colectivo y de fuente constitucional; vincula a los pueblos indígenas con el territorio, dentro del cual definen su desarrollo material y espiritual, en base a su cosmovisión, sus prácticas, valores y conocimientos tradicionales, lo que le permite su supervivencia y desarrollo con identidad económica, social y cultural.**

5.5.1. Caracteres de la propiedad comunitaria indígena:

a) *Derecho colectivo*

Los derechos colectivos surgen como un constructo jurídico-político diseñado como concepto disyuntivo de la división dicotómica entre bienes públicos y bienes privados; este binomio conceptual que predominó en la racionalidad teórica de la modernidad entró en crisis a partir de su insuficiencia para dar respuestas a los nuevos problemas, particularmente con la aparición del derecho indígena. Nuevas indagaciones en la filosofía, la sociología y tímidamente en el campo del derecho abren paso a nuevas construcciones teóricas en la búsqueda de respuestas alternativas.

El pensamiento bidimensional público/privado en el campo jurídico no da cuenta de los principios de solidaridad, cohesión, complementariedad

en los que se fundan las relaciones que caracterizan al hombre no como centro de la naturaleza sino como un componente de ella. En este intersticio, se configuran los derechos colectivos como categoría de derechos diferentes a las clásicas público/privado. Así, en los derechos colectivos indígenas el nuevo sujeto jurídico titular es un ser comunitario, expresión de la paridad cósmica, ligado a los derechos a la identidad cultural, la autonomía y la libre determinación. El disfrute de los bienes que le corresponden a este sujeto de derecho no puede realizarse de modo individual sino como componente de la comunidad.

b) Origen constitucional

La Reforma constitucional del año 1994 incorpora en el art. 75, inc. 17 CN una serie de derechos indígenas que se derivan del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que habitan el territorio argentino; entre ellos se declaran el de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas y la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo de los pueblos indígenas.

c) Derecho humano

Constituye un derecho humano y es el fundamento jurídico para definir el territorio, base de la subsistencia de los pueblos indígenas y de su desarrollo con identidad cultural y espiritual. La CIDH considera que el derecho a la tierra/territorio es un derecho humano; debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia (Corte IDH, 2012).

d) Especial vínculo material y espiritual

“Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH, 2001); y “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad, y por ende, de su identidad cultural (...) los [E]stados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control del hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida...” (Corte IDH, 2005).

e) Función de garantía

El art. 75, inc. 17 CN dispone que la PCI no será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos; estas limitaciones que la determinan como intransmisible e inembargable se deben comprender como garantías tendientes a la protección de los pueblos indígenas y sus comunidades; no debe olvidarse la historia de abusos y despojos a los que han sido sometidos. El Convenio 169 de la OIT en el art. 17 apunta a respetar la autonomía de los pueblos y sus prácticas tradicionales, imponiendo la protección frente a abusos de terceros.

5.6. Estándares internacionales en materia de PCI

Los estándares mínimos internacionales elaborados a partir de la jurisprudencia y doctrina de la CIDH son obligatorios para los Estados partes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Se enuncian de la siguiente forma:

- 1) *El art. 21 de la Convención americana de derechos humanos se debe interpretar a la luz del Convenio 169 de la OIT.*
- 2) *El concepto de tierra/territorio se debe interpretar a partir del especial vínculo con la tierra que determina a los pueblos indígenas como sujetos colectivos.*
- 3) *El derecho ancestral a la tierra/territorio se vincula con el derecho a la identidad cultural y al derecho a la vida, implica la supervivencia de las comunidades y sus miembros.*
- 4) *Rige el principio de prioridad del derecho a la PCI por sobre la propiedad privada.*

Los Estados tienen obligaciones activas, deberán: delimitar y demarcar las tierras tradicionales; titular efectivamente las tierras; reconocer y conservar modalidades propias de cada comunidad de relacionamiento con el territorio; sancionar un marco legal adecuado a las pautas culturales de los pueblos indígenas para efectivizar el derecho de PCI; garantizar el control y uso de los recursos naturales para que los pueblos indígenas puedan mantener sus formas de vida y obtener beneficios compartidos; otorgar protección judicial efectiva que tome en cuenta las particularidades de las comunidades indígenas referidas a sus características sociales, económicas y culturales.

5.7. Necesidad de una ley de PCI

No es tarea sencilla en la doctrina civilista dar paso para la instrumentación de la PCI estructurándola en base a nuevas categorías y escapar de las tradicionales clasificaciones; en grandes líneas se plantearon los rasgos principales del debate que advierten la insuficiencia del paradigma clásico para el abordaje de la complejidad de la PCI. Asimismo, se puntuaron las fundamenta-

les características que delinean el derecho colectivo a la tierra/territorio y su regulación como PCI.

Una ley que recepte los estándares internacionales, que contenga y ordene el corpus normativo establecido en diferentes instrumentos, que conceptualice la PCI como derecho colectivo autónomo, que diferencie la posesión tradicional respecto a la posesión civil y, en definitiva, que diseñe su contenido y alcance es deuda para los pueblos indígenas.

6. Derecho penal y procesal penal y derechos indígenas

6.1. Algunos elementos iniciales

Uno de los campos del derecho más sensibles para la sociedad en general es, sin lugar a dudas, el del derecho penal y procesal penal, y ello porque su aplicación conlleva castigos y porque es un campo jurídico atravesado por cuestiones valorativas que, por lo general, difieren del contexto axiológico que determina las formas de vida de las comunidades y pueblos indígenas.

Es así que es en el ámbito del sistema penal donde las diferencias y los conflictos se presentan más nítidamente. No solo porque el derecho penal se encuentra fuertemente influenciado por determinadas valoraciones sociales (al tratarse de cosmovisiones diferentes, son estas valoraciones las que agudizan dichas diferencias), sino porque es uno de los campos jurídicos en donde la verdadera fuerza del Estado se hace ostensible, al considerarse que existe legitimidad para que imponga una pena como consecuencia de una norma que lo establece de esa manera.

En las facultades de Derecho la incorporación de contenidos vinculados a la administración de justicia indígena es prácticamente inexistente. Si nos focalizamos en el derecho penal y procesal penal, los programas no incorporan las particularidades de las comunidades indígenas, y ni siquiera mencionan las alternativas de articulación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

La relación del derecho penal con los derechos indígenas adquiere una complejidad dual. Por un lado, las comunidades indígenas tienen sus propias formas de gestionar la conflictividad, las que deben ser respetadas (el derecho indígena o justicia propia, incorporado como derecho reconocido a los pueblos indígenas en los instrumentos jurídicos internacionales). Por otro lado, la incorporación de instituciones “sensibles a la diversidad cultural”. En ese sentido, debe incorporar en la legislación secundaria (códigos de fondo y códigos adjetivos) disposiciones que apunten a respetar los derechos diferenciados cuando es la justicia ordinaria la que interviene.

Desde ambas perspectivas, la administración de justicia ordinaria debe respetar la administración de justicia indígena dentro de las comunidades, y debe contar con herramientas que reconozcan y entiendan las complejidades del “mundo indígena”, incorporando en su normativa estos instrumentos para enriquecer su mirada con la mirada de los pueblos originarios.

6.2. Recepción normativa de la diversidad

En la recepción del derecho indígena por parte del ordenamiento jurídico positivo —y más puntualmente por parte del sistema de administración de justicia penal— existen, al menos, tres caminos posibles:

- 1) *El diseño de una ley especial que articule dos jurisdicciones consideradas como independientes.*
- 2) *Incorporar en el articulado de las leyes sustantivas y adjetivas (en nuestro caso particular, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal) normas que respeten y regulen la relación entre grupos culturales diversos.*⁽¹³⁾
- 3) *Una vía intermedia que incursiona en las dos alternativas mencionadas. De este modo se contempla la elaboración de una ley específica, a la vez que también se realiza una modificación del ordenamiento jurídico vigente.*

Ambas vías mencionadas no son incompatibles, por el contrario, cumplen la función de fortalecerse mutuamente. Si bien lo deseable sería tomar las disposiciones de las constituciones como operativas, y no requerir de una ley para que puedan hacerse efectivas, lo cierto es que las experiencias latinoamericanas demuestran la necesidad de una legislación puntual sobre el tema que nos ocupa. Por otra parte, es imprescindible adecuar los instrumentos jurídicos a la realidad que pretende regular, por lo que se imponen cambios en la normativa de cada Estado en particular.

Es por ello que es preciso flexibilizar la justicia penal, hacerla más receptiva, pensar que es posible que las valoraciones puedan surgir como producto de un proceso que tiene diferentes raíces y que no necesariamente surgen de la mirada occidental. Así, “... la interpretación jurídica no es una operación matemática. Tampoco es una operación puramente lógica. Existe una comprensión, propia de los textos y de los productos culturales, donde el sentido histórico y el sentido actual se integran dentro de un conocimiento que no por ello es arbitrario...” (Binder, 1993).

La necesidad de evitar la discriminación del diferente, de tomar en serio otras valoraciones que también forman parte del entramado social, de permitir que la ley recepte en sus formulaciones procedimientos divergentes también forma parte del desafío que los ordenamientos jurídicos de los países pluriétnicos y multiculturales tienen por delante, y por el que —afortunadamente— han comenzado a trabajar.

Normativamente, y a modo de ejemplo, en Bolivia la tercera alternativa expuesta ha sido la elegida. Por una parte, elaborar una ley que coordine la interrelación recíproca entre ambas jurisdicciones. Por la otra, traducir las diferencias en el Código de Procedimiento Penal.

(13) Un ejemplo de esta alternativa lo constituye el Código Penal peruano, que en su art. 15 incorpora el “error de comprensión culturalmente condicionado”.

Es preciso contar con instrumentos jurídicos que traduzcan las discusiones conceptuales y técnicas para poder alcanzar una justicia genuinamente democrática. No constituye una solución al fenómeno de la diversidad la imposición de sistemas formales que no respondan a las demandas sociales. La participación de todos los ciudadanos —sin exclusiones—, el reconocimiento de múltiples sistemas de valoraciones, generar herramientas que sean abarcativas, todos son componentes necesarios que fortalecerán el Estado de derecho. Y lo que es más importante aún: no nos quedaremos en la simple retórica. Porque si de lo que se trata es de diseñar sistemas normativos que respondan a la realidad, no solo es imprescindible ser creativos, sino que debemos comprender la complejidad de los procesos sociales e intentar ponernos en el lugar del “otro”; solo de este modo construiremos instituciones comprometidas con democracias participativas, donde el diálogo sea uno de los ingredientes principales.

6.3. Instituciones sensibles a la diversidad cultural

Se presentarán algunas de las vías concretas de articulación entre el sistema de justicia penal y —más concretamente— el procedimiento penal, para fortalecer la idea de que la coexistencia basada en un marco de interacción en donde se sumen instituciones estatales específicas “que miren la diversidad” es posible y deseable. Estas vías de articulación no están presentadas en orden de importancia. Simplemente se trata de un punteo no exhaustivo, que tiene por finalidad hacer un relevo de las principales instituciones que contribuirían a generar un derecho penal y procesal penal que incluya una multiplicidad de culturas.

6.4. El problema de la lengua: traducción e intérpretes

Uno de los aspectos más destacables en el análisis de los derechos indígenas, que tiene una vinculación estrecha con las reformas procesales penales, es el de la lengua y la importancia de su respeto (Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya Oxlajuj Ajpop, 2003, p. 160).

En ese sentido se admite en la mayoría de los códigos procesales penales la traducción en lengua materna, como así también la posibilidad que tiene el imputado o procesado de expresarse en su propia lengua, debiendo en todos los casos proveerse de un intérprete o traductor para garantizar no solo el acceso a la justicia, sino también para asegurar que el procesado podrá entender y hacerse entender en todas las instancias del proceso.

Es por ello que esta característica definitoria de los pueblos indígenas, la utilización de su propio idioma, se convierte en un requisito indispensable a la hora de administrar justicia. Los procesos de reforma contemplan, entonces, la introducción de un traductor, intérprete o facilitador intercultural⁽¹⁴⁾ en el

(14) Término utilizado en Chile, cuyo sentido es más abarcativo que el de un mero traductor, ya que refleja no solo el conocimiento de la lengua sino una comprensión de la cultura.

proceso cuando las partes lo requieran. No obstante, este instrumento no resuelve los problemas prácticos que presenta el idioma en el proceso penal, ya que no siempre se puede garantizar la presencia de un intérprete, y lo que es peor, tampoco el Estado puede asegurar la existencia de intérpretes para la diversidad de lenguas indígenas existentes en América Latina. Por ello se vuelve necesario ser creativo, ya que personas de las propias comunidades podrían convertirse en intérpretes *ad hoc*, para facilitar la tarea de los operadores de justicia.

Si bien han sido instrumentados programas que contemplan —dentro de lo que es el problema del uso de la lengua— desde educación bilingüe, posgrados para traductores e intérpretes, creación del rol del facilitador intercultural, etc., lo cierto es que los desafíos que genera permitir que los usuarios del sistema se manifiesten en su propia lengua no ha alcanzado para aquellos que tienen los poderes decisorios la relevancia que el tema merece.

6.5. Integración de los tribunales

Este ha sido otro de los caminos sugeridos por aquellos que intentan generar espacios de encuentro entre la administración de justicia penal y la diversidad cultural para tender puentes entre ambas miradas.

Es así que contar con tribunales (o jueces unipersonales, en general los jueces de paz) que puedan integrar a su actividad jurisdiccional miembros de los pueblos indígenas constituiría un paso adelante para garantizar un acceso a la justicia con conocimiento cabal de los problemas de las comunidades indígenas, un uso de la lengua adecuado y la utilización en la gestión de su conflictividad de sus propias pautas.

Claro está que esta posibilidad de integración no suscita posturas consensuadas a su alrededor.⁽¹⁵⁾ Por una parte, sus defensores consideran la relevancia de acercar el derecho ordinario a los pueblos indígenas, haciendo posible que los mismos indígenas puedan administrar su propia justicia.

Por otra parte, sus críticos ven con desconfianza esta “cooptación” de los indígenas por parte del sistema de justicia, y van más lejos: afirman que estas estrategias no solo no apuntan a la construcción de un Estado intercultural, sino que socavan la institucionalidad indígena, confundiendo sus autoridades con la autoridad estatal, y terminan no dándole preeminencia a su propio sistema de justicia.

La evaluación de esta propuesta es compleja. Sin embargo, al menos debe admitirse que presenta ventajas insoslayables para los miembros de los pueblos indígenas, que pueden advertir los beneficios de que sea también un indígena

(15) En el caso de Guatemala, la creación de tribunales comunitarios ha dado lugar a críticas acérrimas, aunque también han sido señaladas algunas ventajas. Ver el informe sobre tribunales comunitarios realizado por Ramírez, Solórzano & Caxaj (2000).

quien lo juzgue, comprendiendo y compartiendo su cultura y su cosmovisión, y pudiendo expresarse fluidamente en su propia lengua.

La contracara de lo expresado es la confusión que genera que un aparato judicial que, por lo general, se ha mostrado hermético y poco sensible a sus necesidades, tenga como exponente un miembro de su propia comunidad, o lo que es peor, un líder o autoridad reconocida que ahora juega un doble rol, muchas veces no trasmítido con la claridad que requeriría explicar este tipo de situación.

Más allá de las ventajas y desventajas señaladas, lo cierto es que una integración diferente de los tribunales, con indígenas de las propias comunidades, representa un cambio de perspectiva y una alternativa que merece ser explorada. Sin poder asegurar que los resultados sean positivos, sí es indudable que representa un esfuerzo —no tomado como integración— de interrelación entre culturas diferentes.

6.6. Defensorías especializadas y su importancia en el proceso

Tal vez una de las incorporaciones más importantes y necesarias en el proceso penal sea la de las defensorías especializadas, que presentan como rasgos distintivos una atención particularizada a los miembros de los pueblos indígenas en la medida en que sus operadores poseen una formación calificada para su atención.⁽¹⁶⁾

No obstante, si bien las posturas indígenas más radicales señalan la paradoja de que sea el mismo Estado el que los procesa y el que les brinda abogado, la existencia de las defensorías indígenas significa un salto cualitativo en la calidad del servicio que se brinda.

En la compleja tarea de articular la calidad de ciudadano del Estado y de miembro de un pueblo indígena, con particularidades culturales definitorias de su identidad, es impensable garantizar una defensa adecuada si no se tiene un manejo de la cosmovisión indígena, su cultura, su espiritualidad y su lengua.

Entonces, saldada la discusión de las funciones del Estado frente al indígena (discusión que excede ampliamente los límites de este manual), consideramos que incorporar y desarrollar defensorías indígenas en países pluriétnicos constituye un avance no solo en su genuina construcción, sino en lo más inmediato que es acrecentar el acceso a la justicia garantizando una defensa que es responsabilidad de cualquier Estado de derecho.

Solo resta agregar que su creación no solo beneficiaría a los pueblos indígenas por las razones ya esgrimidas, sino que también permitiría recrear un verdadero proceso penal, en donde el procesado debe tener la posibilidad de

(16) Tanto en Chile como en Guatemala existen defensorías indígenas, con diferentes perfiles pero con objetivos similares: ambas son evaluadas positivamente por los miembros de los pueblos indígenas.

ejercer su defensa con todos los instrumentos disponibles, y sobre todo sin renunciar a su identidad.

Las estrategias de defensa de los miembros de pueblos indígenas pueden ser diversas, y debe ser prioritaria su elección frente a otros intereses. Esto significa que más allá de que las defensorías o defensores especializados contribuyan a un buen funcionamiento del sistema penal, estas deben privilegiar la mejor defensa del imputado, lo que muchas veces puede incluir obstaculizar la marcha del proceso.

6.7. Extinción de la acción penal como una herramienta que respeta la diversidad

Como una de las formas de respetar la diversidad y generar instrumentos que desde las normas contribuyan a armonizar los diferentes modos de gestionar la conflictividad, la extinción de la acción penal, cuando se dan determinados requisitos, se presenta como una de las instituciones procesales que reconocen la presencia de los pueblos indígenas a la vez que admiten y respetan sus decisiones.

Las normas que prevén la extinción de la acción penal en los casos en que los conflictos suscitados entre miembros de comunidades indígenas sean resueltos por sus propias pautas, también se convierten en modos de articulación entre diferentes sistemas de justicia. Por el contrario, si no están previstas —normativamente— reglas de coordinación entre el sistema de administración de justicia ordinaria y el sistema de administración de justicia indígena, ante un caso determinado la tensión entre las diferentes formas de administración de justicia es inevitable.

Cualquiera sea el camino elegido en la fórmula de la extinción de la acción penal, el desafío de armonizar el ordenamiento jurídico no es menor porque las diferentes normas son producto de cosmovisiones valorativas diversas. A pesar de las dificultades, es posible diseñar modos concretos de coordinación que apunten a un respeto recíproco del modo de resolución de los conflictos, siempre contemplando un común denominador que no es otro que el respeto a los derechos humanos fundamentales.

6.8. Participación en los procesos: mecanismos de legitimación

Los mecanismos de legitimación para participar en determinados procesos adquieren importancia en la medida que los indígenas puedan ser reconocidos como sujetos colectivos con el suficiente peso político para accionar en un proceso penal.

Esta incorporación como víctima u ofendido de las comunidades indígenas adquiere también una dimensión política y no solo jurídica, en tanto significa un reconocimiento a sus posibilidades de accionar en el proceso penal frente a hechos que afectan especialmente a los pueblos indígenas. Es así que esta legitimación está pensada para los delitos de genocidio o discriminación, ya que este tipo de delitos los afectan como tales.

No solo que en las regulaciones procesales penales más modernas se incrementan los derechos de las víctimas, al reconocérsele su protagonismo en el proceso, sino que al incluir dentro de la categoría de víctimas a los pueblos indígenas (y también a otros sectores) se generaría una justicia más democrática y participativa.

La incorporación de los pueblos indígenas a los códigos de procedimientos penales como víctimas u ofendidos no ha logrado concreción, ha presentado resistencias. Como un ejemplo de esta inclusión, puede citarse el Código de Procedimiento Penal del Estado de Oaxaca, México.

6.9. Diferentes pericias y el rol del peritaje en los procesos

Afortunadamente, cada vez más se receptan los peritajes (ya sea antropológicos, culturales, sociológicos, de miembros de las comunidades) en el proceso penal. Estos, si bien no son vinculantes, ilustran al juez sobre las particularidades de los pueblos indígenas, lo que contribuye a generar los tan mencionados —y necesarios— puentes interculturales.

El rol de los peritos ha sido introducido en la mayoría de los códigos de procedimiento penal; no obstante, siempre de modo limitado, considerando la función del intérprete o el perito, pero no haciéndolo extensivo a otros peritajes especializados.

Sería deseable profundizar en sus posibilidades dentro del proceso, y generar —más allá de la legislación— una práctica que instale en los jueces la necesidad de requerir los servicios de un perito pueda brindar mayor comprensión a los hechos, antes de tomar cualquier tipo de decisión.

Estas prácticas no solo provocarían una sensibilización especial en los operadores jurídicos, sensibilización que se vuelve necesaria para poder asegurar una convivencia y con ella un Estado pluralista, sino que aportarían los instrumentos necesarios para el acercamiento de dos culturas jurídicas, de dos sistemas judiciales.

6.10. *Amicus Curiae*

Esta herramienta—con algunos puntos en común con el peritaje— se comenzó a utilizar en los últimos años, y abre el juego de la participación en un proceso no solo a especialistas, sino a organizaciones que trabajan la temática y que pueden ilustrar al tribunal sobre algunos aspectos del caso que se está dirimiendo.

El *amicus* —si bien no es vinculante para el juez, y salvo una acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se encuentra regulado— permite presentar argumentos y acercar a las partes elementos que de otro modo quedarían fuera de la discusión. En la medida en que se acepten cada vez más estos escritos —que luego incluso pueden ser traducidos en audiencias, y presentados a “viva voz”— se posibilitará mejorar el litigio con razones más consistentes y mejor fundamentadas.

6.11. Prisión: condiciones especiales para los indígenas

Ya en el Convenio 169 de la OIT se establece que en el caso de la imposición de sanciones a miembros de pueblos indígenas se priorizarán otro tipo de penas alternativas a la prisión privativa de la libertad.

Sin embargo, y si tenemos en cuenta la situación del indígena frente a la administración de justicia y un diagnóstico que va desde la discriminación, la dificultad de comunicarse por expresarse en una lengua diferente a la dominante, la ignorancia por parte de los operadores acerca de su cosmovisión, se le suma la gravedad que implica que sea sometido a la cárcel.

Y no solo por las condiciones de nuestras cárceles, que como es bien conocido y repetido en numerosos trabajos y conferencias, son violatorias a los derechos humanos fundamentales, sino porque al ser indígenas, sus derechos son doblemente vulnerados.

Si tenemos presente que la cárcel está poblada de personas de bajos recursos (“pobres”), y si los indígenas forman parte de esta categoría en un gran porcentaje —en otras palabras, son los miembros de los pueblos originarios los que engrosan la categoría de pobres—, entonces puede inferirse que los indígenas son un sector extremadamente vulnerable y con tendencia a poblar las instituciones carcelarias.

Si a esa circunstancia se le suman algunos datos de la realidad tales como que los funcionarios y guardiacárceles no manejan por lo general el idioma indígena, que existe discriminación también al interior de las prisiones, que a los indígenas se les dificulta en exceso conservar sus propias pautas dentro de un establecimiento carcelario, entonces debemos reflexionar acerca de la relación que se da entre prisión preventiva y miembros de pueblos indígenas.

Es interesante en ese punto analizar un amparo interpuesto ante el Director General del Sistema Penitenciario en Guatemala,⁽¹⁷⁾ ya que una disposición interna decretó que todas las personas privadas de libertad que se encuentran internadas en los distintos centros de reclusión del Sistema Penitenciario debían utilizar un uniforme tipo overol, color naranja, para identificarlo, obligando a las mujeres indígenas que se encuentran privadas de libertad a despojarse de su traje indígena.

En este amparo se denuncian específicamente que se violaron el derecho a la identidad cultural, el derecho de usar el traje indígena, el derecho a la dignidad de la persona humana de los privados de libertad; todos estos derechos contemplados tanto en la Constitución del Estado, en el Convenio 169 de la OIT y demás instrumentos internacionales.

Más allá de que finalmente se hace lugar a este amparo, permitiendo que las mujeres indígenas puedan hacer uso de su traje, es notable cómo este tipo de disposiciones —atentatorias a todas luces de derechos fundamentales—

(17) Ver amparo 46-2003..

puede entrar en vigencia, y solo cuestionarse su procedencia a través de un amparo individual.

Es por ello que también la prisión es un factor que desde “el derecho” puede distorsionar las relaciones con los indígenas, generándose situaciones de vulneración a sus derechos, a la vez que no contribuye a crear canales de comunicación entre el Estado y los pueblos indígenas. Deben privilegiarse, entonces, otros modos de sanción.

6.12. Límites a la administración de justicia indígena

A partir de la lucha de los movimientos indígenas por el reconocimiento de sus derechos y de sus sistemas de autoridades, los instrumentos internacionales receptan sus demandas; por ello, las legislaciones nacionales deben adecuar sus disposiciones a una realidad que consistentemente habían ignorado. Claro está que esta descripción simplista de un proceso que lleva décadas de desarrollo y de vaivenes deja de lado una discusión interna rica en argumentos que no tiene otro telón de fondo que un replanteo profundo de la situación jurídica de los pueblos indígenas. Aunque la discusión parece haber sido saldada favorablemente a favor de estos últimos, lo que significa reconocerles su doble calidad de indígenas y de ciudadanos de un determinado Estado, lo cierto es que aún hoy pueden escucharse los ecos de voces disidentes que auguran la disolución de la unidad estatal y la subversión de un orden construido bajo el imperio de un orden jurídico monolítico y cerrado, en donde no existe espacio para el “diferente”.

Aquellos que defienden el reconocimiento de los derechos indígenas alegan, entre otras razones, que el desarrollo futuro del Estado se encuentra superditado al desarrollo de los pueblos indígenas. Que la pacificación social solo puede alcanzarse con este reconocimiento, el que se presenta como un elemento esencial en el proceso de cohesión y unificación. Asimismo, otro argumento de peso es aceptar que la plurinacionalidad no significa aceptar la existencia de Estados paralelos o territorios separados. Se trata simplemente de que el Estado reconoce a cada ser humano que lo integra el derecho a vivir dentro de su propia cultura, lo que no significa que los indígenas dejen de ser ciudadanos del Estado al que pertenecen. Por último —obviamente, sin agotar la argumentación— el Estado reconoce que su sociedad no es homogénea, y que por lo tanto no puede afirmar una unidad, lo que implica que sea imposible legislar para todos los ciudadanos de la misma forma, y —paradójicamente— que sea necesario marcar diferencias para evitar discriminaciones.

Por el contrario, los que se oponen al reconocimiento se remiten a la existencia de tradiciones que tienen por sustento un proyecto de unidad nacional, lo que no deja resquicios para el desarrollo de la diversidad. Si bien admiten la existencia de particularidades culturales de los grupos étnicos, el proyecto de construcción de un Estado unitario debe significar un acercamiento de las culturas y su nivelación a partir de la interacción. El fantasma que acecha con insistencia es el socavamiento de la unidad estatal. Por otra parte, se enfatiza

el perfil de un Estado moderno, que es el que define un único sistema jurídico nacional y consagra el monopolio estatal del uso legítimo de la violencia. Desde esa mirada la administración de justicia por parte de las comunidades indígenas solo puede tener un carácter subsidiario a la justicia oficial, limitándose a aquellos casos no previstos por el orden estatal.

Una vez que se avanza en el camino del reconocimiento, el tema de los límites al ejercicio del derecho indígena es insoslayable. Constituye uno de los puntos más complejos de las discusiones, ya que involucra la admisión o no de la universalidad de ciertos valores que regirían sin hacer distinción de espacio, tiempo o culturas. En general existe consenso alrededor de la existencia de un límite que no puede ser traspasado, constituido por el pleno respeto de los derechos humanos fundamentales. La dificultad se presenta cuando se intenta conceptualizar lo que se entiende por derechos humanos fundamentales. Sin embargo, existe abundante material que desde las concepciones de derecho internacional aportan claridad al tema, y destacan un rasgo de humanidad común a todos los seres humanos que no admite diferenciación en razón de raza, edad o religión.

6.13. Algunas conclusiones

Los movimientos sociales han sido uno de los protagonistas de los procesos sociales. El Estado no ha concedido nada que no fuera el fruto del reclamo permanente que desde distintos sectores han presionado para que sus demandas sean escuchadas. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que los procesos de renovación se han originado en la misma realidad para dar cauce a una renovación normativa y, obviamente, teórica.

En este sentido, un derecho indígena en permanente vigencia, no escrito-rizado, absolutamente dinámico y en cambio constante, con un sistema de autoridades que goza de una profunda legitimidad en las comunidades, ha promovido la necesidad de una regulación que encuentre niveles de coordinación entre dos modos distintos de administrar justicia.

El pluralismo jurídico encuentra su raíz no en distinciones teóricas, sino por el contrario, en la imperiosa necesidad de dar respuestas. De este modo, se deja de lado la concepción monista del Estado, en donde se identifica al Estado con la Nación, para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de naciones. También se produce una ruptura con la concepción clásica de que solo el Poder Legislativo está legitimado para la producción de normas, y también se considera como legítima la producción normativa ubicada en el seno de los pueblos indígenas, lo que –sin lugar a dudas– produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos.

En este sentido, el orden jurídico nacional no solo se conforma ahora con las normas (generales o concretas) emitidas por las instancias mencionadas, sino también por las comunales. Se presenta, a nivel orgánico-estructural, la coexistencia de la jurisdicción oficial y la jurisdicción indígena, constitu-

yendo esta última un fuero más dentro de los órganos de administración de justicia.

Es entonces que en el nivel fáctico se reconoce la existencia de diversidad, lo que implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de prácticas diversas, de culturas diferentes y, lo que es crucial en el análisis, de una justicia diferenciada: la existencia de intereses en conflicto. Es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada y no exenta de tensiones. Solo con un tratamiento despojado de dobleces será factible alcanzar una unidad fundada en el respeto y la tolerancia de otros modos de vida.

En el nivel normativo es en donde se recepta la pluralidad. No se crea nada nuevo, solo se reconoce lo ya existente. En la búsqueda del respeto a la diversidad es que se integra el Estado con la Nación, encontrando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, que no signifique la subordinación de uno a otro, sino por el contrario, la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito, en donde uno de los pilares de genuinas democracias deliberativas sea el diálogo comprometido de los distintos actores que la componen.

Como contrapartida, cuando un indígena es juzgado por la administración de justicia ordinaria se pueden hacer jugar instituciones que tengan presente la diversidad y la existencia y vigencia de derechos específicos para consolidar un Estado igualitario e intercultural.

7. Historia del derecho y derechos indígenas

7.1. De ausencias, contradicciones e Insuficiencias

En 1994 la reforma constitucional introduce el reconocimiento de los derechos indígenas, una deuda pendiente desde la conformación del Estado argentino y desde la primera constitución histórica de 1853-1860. A pesar de esta “suerte de transformación” —al menos normativa— del estatus de los pueblos indígenas, el impacto en diversos campos del derecho no fue el esperado, y se produjo la cuestión paradojal de la coexistencia de dos andariegos que transcurren paralela y simultáneamente: los derechos indígenas, por un lado, y el relato de la construcción de las instituciones jurídicas, por el otro; relato que no deja lugar ni reconoce la presencia de los pueblos indígenas en el espacio geopolítico de Argentina.

Esta afirmación se construye a partir de los textos “clásicos” de los libros de historia del derecho, principalmente el de Levene (1956), Zorraquín Becú (1975) y Levaggi (2004),⁽¹⁸⁾ que son básicamente los que se utilizan en la Fa-

(18) Esta sección fue elaborada con los datos e ideas de la tesis de maestría de Soledad Ramati, “La construcción de los pueblos indígenas desde la Historia del Derecho. Aportes para pensar la forma constitucional de 1994”, de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).

cultad de Derecho de la UBA. Estos manuales siguen sosteniendo una visión retrógrada sobre los pueblos indígenas. No incorporaron una mirada remozada por los cambios en el material normativo (no solo la Constitución sino también instrumentos jurídicos internacionales) y ni siquiera por los debates que se están sucediendo hace décadas en toda América Latina.

Por el contrario, siguen ignorando debates centrales alrededor de la relación de los pueblos indígenas con los Estados. Conceptos tales como “Estado”, “nación”, “derechos colectivos”, “derechos diferenciados”, etc., son ajenos a su abordaje. La historia es una sola, secuencial, sin claroscuros, y con un profundo predominio de lo europeo. Una historia eurocéntrica, colonial y predominantemente desigualitaria e ignorante del otro.

En estos textos pueden encontrarse ideas y valoraciones que son profundamente anacrónicas. Desde una valoración positiva de la conquista, una idea fuertemente arraigada de superioridad racial, un modelo asentado en lo valioso de lo europeo en desmedro de lo latinoamericano (y denostando el componente indígena). En definitiva, se perfila una idea de inferioridad de lo indígena, y se instala en el imaginario colectivo un modelo a seguir —que es, en definitiva, cómo se construyó el país—. El modelo europeo, con su acervo cultural, es el que se impone. La cultura proveniente de los pueblos originarios es disvaliosa, cultura que debe ser dejada de lado, y en el mejor de los casos debe disolverse en la cultura occidental.

Por otra parte, se valoriza la conquista también en su rol evangelizador, como aquel poder que pretendía incluir a “los otros” diferentes, amoldándonos a las creencias, ritos y prácticas de aquel invasor que los conquistó y finalmente colonizó.

En definitiva, el relato de los textos de historia convalida la visión de los conquistadores/colonizadores. Las instituciones jurídicas son aquellas provenientes de una tradición profundamente ajena a la de aquellos pueblos originarios preexistentes. Nuestro derecho tiene un punto de partida y un punto de llegada en la cosmovisión europea con todo su bagaje cultural que la nutrió. Desde esa perspectiva, el desconocimiento, discriminación y racismo es manifiesto.

7.2. Otro contenido para la historia del derecho

Con estos presupuestos, debemos deconstruir la forma en que ha sido presentada nuestra historia en general, y la historia del derecho en particular, para dar lugar a los pueblos indígenas, pueblos preexistentes al Estado contemporáneo, pueblos con una cultura diferente, con instituciones diversas, con su propio sistema jurídico que demanda un reconocimiento que le ha sido dado en la Constitución, pero que no alcanza otros espacios, generando contradicciones, provocando interpretaciones equivocadas y gestando confusiones asentadas en la negación de la diversidad cultural.

La historia del derecho debe ser presentada, necesariamente, de otra manera. Debe interpretarse la conquista y la colonización como un proceso de despo-

jo y genocidio, cuyas víctimas, los pueblos originarios existentes y preexistentes, tienen derechos basados en una justificación histórica. Es precisamente la historia la que dará la caracterización de preexistentes a los pueblos indígenas y se convertirá en la llave para que puedan gozar de un conjunto de derechos, entre ellos los derechos territoriales.

La historia del derecho debe dejar de lado conceptos que ha manejado livianamente y que se convierten, finalmente, en prejuicios. Es así que manejarse con elementos raciales, considerar que lo indígena debe subordinarse a lo occidental, volver sobre lugares comunes como los de “civilización vs. barbarie”, o sobre “el primitivismo vs. la modernidad” vuelve sobre modelos que es preciso abandonar.

La historia del derecho debe construir un paradigma basado en la superación de una universalidad ficticia en la que solo tiene valor lo que es valioso para Occidente. Este paradigma debe ser respetuoso con la diversidad cultural, al pluralismo jurídico, la heterogeneidad de la sociedad. Para ello, es preciso incorporar instituciones que no son las de raigambre romanista (como, por ejemplo, la propiedad comunitaria indígena), para generar una historia ampliada que deje cabida a otras miradas, pero que lo hagan en igualdad de condiciones.

La simetría entre lo occidental y lo que no lo es, entre lo indígena y lo no indígena, es una de las grandes deudas pendientes de nuestro derecho y de nuestra historia del derecho. Si no se transforma el contenido y la enseñanza de la historia del derecho, si se siguen impartiendo los textos a los que hace mención, no se contribuirá a producir genuinos cambios en esta relación traumática de los pueblos indígenas con el Estado.

7.3. La historia del derecho como reconocimiento de los pueblos indígenas

Ya avanzado el siglo XXI, se vuelve necesario transformar paradigmas para adecuarlos a los derechos ya vigentes hace décadas, acompañando con material teórico que sea coherente y consistente con el reconocimiento de los pueblos indígenas como existentes y preexistentes, con el horizonte de construir Estados igualitarios.

La inserción en el discurso jurídico de debates ampliamente superados como si fueran universalmente válidos, la instalación de conceptos como Estado, nación, ciudadanía que son interpretados de modo tal que se vuelven incompatibles con los derechos constitucionales, la estigmatización de lo indígena como aquella condición que debe ser dejada de lado, dado que representa la barbarie y el atraso, nos retrotrae a épocas ya superadas y nos condena a la exclusión y la desigualdad.

Sería deseable tomar nota de las líneas temáticas que deben incluirse en los programas de historia del derecho, evitar que la condición de pueblos indígenas

nas se diluya en la sociedad “mayoritaria”, señalando explícitamente aquellas temáticas que forman parte de intercambios ya perimidos.

Asimismo, sería conveniente llevar adelante una tarea de contraste entre lo que formaba parte —forma parte todavía ahora— de los textos clásicos de historia del derecho y lo que debe modificarse e incluirse para reforzar la vigencia de los derechos indígenas. Es imprescindible en materias que permiten una mayor comprensión del nacimiento de los Estados y de la relación que se forjó entre indígenas y Estado, dotarlas de un contenido que no tergiversen las consecuencias de la conquista y la colonización y que brinden insumos para construir nuevos Estados, posicionando de modo diferente a los actores en conflicto.

Por otra parte, no debe olvidarse que una de las justificaciones más relevantes de la existencia de derechos indígenas está asentada en su devenir histórico. El despojo y genocidio que sufrieron los pueblos indígenas deben ser compensados para afrontar la situación de vulnerabilidad que se gestó en aquel proceso. Una historia —y una historia del derecho— sin contemplar determinados elementos puede llevar a no legitimar la existencia de derechos específicos y diferenciados, lo que lleva a cuestionar prerrogativas medulares para la construcción de genuinos Estados igualitarios e inclusivos.

CUADERNILLO CON MATERIAL DIDÁCTICO PARA ESTUDIANTES

1. Derechos territoriales

1.1. Conceptos generales

La protección de las tierras indígenas ha sido central en los organismos internacionales sobre derechos humanos. Esta importancia está dada por la especial relación que mantienen los pueblos originarios con el territorio, siendo este su principal medio de subsistencia y desarrollo, como así también el vínculo existencial colectivo y espiritual que les otorga identidad cultural.

Las tierras que tradicionalmente habitan, o habitaron, y todos los recursos naturales que en ellas se encuentran constituyen su principal medio de supervivencia económica, su integridad política y social como colectividad que se autogobierna, y la base del desenvolvimiento de su religiosidad y cosmovisión creando su patrimonio cultural. Lo que implica que cualquier negación del territorio los condena a la extinción.

Para hacer un efectivo reconocimiento del derecho de los pueblos a autodeterminarse es necesario legitimar su forma de vida y concepciones jurídicas, principalmente aquellas relacionadas con su relación con el territorio, lo que implica ampliar el alcance del concepto de propiedad privada por aquel que entienda a la propiedad comunal indígena. Esto da cuenta de comprender la pluriculturalidad en la que estamos inmersos, reconociendo que no hay una única manera de usar y disponer de los bienes.

Este derecho al reconocimiento del territorio no es exclusivo de aquellos pueblos que contengan algún título de propiedad, ya que la validez de su posesión viene dada por la ocupación tradicional o utilización que hubieran hecho o pudieran hacer, ya sea por el crecimiento demográfico o por el desplazamiento forzado al que los hubieran obligado; es decir, está dada por la existente relación material y espiritual de la comunidad con las tierras, incluyendo a aquellas de usos no recurrentes pero necesarias para su desarrollo.

Es el Estado el encargado de proveer reconocimiento oficial y su consecuente registro para generar certeza jurídica y facultar la protección de los territorios. En caso de encontrarse ocupada la tierra por terceros de buena fe, habrá una colisión de derechos que se analizará para el caso determinado, pudiendo limitarse su derecho de propiedad siempre que esto no implique denegarles su subsistencia.

La Corte IDH (2007, párr. 194 c) ha reconocido su derecho a “administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, sin perjuicio a otras comunidades”.

Para el caso en que debiera producirse un desplazamiento forzado, este deberá realizarse con consentimiento previo e informado de los pueblos sobre su indemnización y la opción de regresar si fuera posible. Siempre que hubiera una restitución o indemnización será en tierras y recursos naturales de igual calidad, existencia y condición jurídica.

La recuperación de tierras ancestrales y la reconstitución del territorio como reparación por la violencia sufrida, el abuso de poder y el engaño, será sobre la totalidad del hábitat de la región que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra manera; esto incluye el espacio como un todo, sin distinción de suelo, subsuelo, aguas, aire y medio ambiente, siendo una descripción no taxativa. También es destacable el reconocimiento a la libre circulación, aun cuando haya fronteras estatales.

1.2. Tierra y territorio: derecho y jurisprudencia

El derecho y la jurisprudencia internacionales han configurado lo que podría denominarse un régimen de protección de la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas.

Los conceptos de propiedad y posesión propios de los indígenas difieren del concepto tradicional de propiedad privada, en la medida en que los primeros tienen una dimensión colectiva, “en el sentido de que la pertenencia de [la propiedad] no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad (Corte IDH, 2001; 2012).

Para los pueblos indígenas la propiedad comunitaria es indispensable para garantizar su supervivencia como pueblos (Corte IDH, 2012).

La protección adecuada del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas exige a los Estados “respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio (Corte IDH, 2007).

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 (Corte IDH, 2001; 2012).

La protección del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe salvaguardar también “la estrecha vinculación [que estos tienen] sobre sus territorios tradicionales, y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos” (Corte IDH, 2005).

El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida (Corte IDH, 2012).

De conformidad con el derecho y la jurisprudencia internacional vigentes, para garantizar la efectiva protección del derecho a la propiedad de las tierras y los territorios que los pueblos indígenas han ocupado, poseído o utilizado tradicionalmente, los Estados deben, por lo menos, cumplir los siguientes deberes:

- a) *Respetar y proteger el derecho que tienen los pueblos indígenas de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales como aguas y mares costeros (art. 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- b) *Reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia y transferencia propios de los pueblos indígenas (art. 27 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- c) *Adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas así como para evitar todo traslado forzado (art. 8.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- d) *Tener en cuenta que todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (art. 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- e) *Realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el consentimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en las tierras y territorios indígenas (art. 6º del Convenio 169 de la OIT y arts. 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- f) *Tomar todas las medidas necesarias para mitigar los impactos sobre el medio ambiente y sobre los sitios sagrados y culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que antes de otorgar concesiones los Estados deben supervisar la realización de estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y*

técnicas, de conformidad con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes; dichos estudios deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos (Corte IDH, 2007, párr. 129; 2012, párrs. 205 y 206).

- g) Asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (art. 29.1. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- h) Proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas y la capacidad productiva de las tierras, territorios y recursos naturales, lo que implica respetar el derecho que tienen estos pueblos a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos, así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (art. 15 del Convenio 169 de la OIT y art. 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*
- i) Tener en cuenta que aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de autorizar o emprender la prospección o explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en los beneficios de tales actividades (art. 15.2. del Convenio 169 de la OIT).*
- j) Abstenerse de otorgar permisos o concesiones para realizar proyectos de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el uso y goce de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales si no se cuenta con el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos (Corte IDH, 2007, párr. 134).*
- k) Asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (arts. 20.2 y 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).*

En decisiones judiciales que van más allá de los estándares internacionales, los tribunales de Nicaragua, Bolivia y Colombia han señalado que la propiedad de los indígenas tiene las características de indivisible, imprescriptible, inalienable e inembargable, lo que determina que no puedan ser donadas, vendidas ni sometidas al pago de impuestos.

Nicaragua: sentencia 123, del 13 de junio de 2000

La característica principal de la propiedad comunal y que la diferencia de las formas convencionales de la propiedad, es que las tierras pertenecen en común y colectivamente a las comunidades indígenas, las que tienen como origen de su tenencia y dominio el uso, goce y disfrute de sus antepasados. Esta forma o sistema de propiedad comunal origina la idea de propiedad

indivisible y trae como consecuencia el hecho innegable de lo que le pase a uno le pasa a todos y lo que le pasa a todos afecta a todos y a cada uno de ellos, razón por la cual esta Sala considera viable y admisible el recurso interpuesto y procede a conocer el fondo del mismo.

Bolivia: sentencia constitucional 2003/2010-R, del 25 de octubre 2010

III. 6. [...] los pueblos indígenas originario campesinos, tienen derecho a las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, a controlar dichas tierras y territorios y a que el Estado garantice el reconocimiento de las mismas.

Colombia: sentencia T-235 de 2011, del 31 de marzo de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)

3. Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad:

“(...) el factor territorial [de la jurisdicción especial indígena] debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura.”

Perú: sentencia STC 01126-2011-HC/TC, del 11 de septiembre de 2012

22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13 que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión

política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

1.3. Tierra y territorio

1.3.1. Jurisprudencia argentina

“Caso Las Huaytekas”

a) Nociones generales

El conflicto se suscitó en el año 2000 cuando el Sr. José Luis Martínez Pérez, titular de la empresa Forestal Rionegrina SA, compró una parcela ubicada en el lote 82 de los parajes denominados Los Repollos y el Foyel, en el oeste rionegrino próximo a Bariloche.

Las tierras tenían la ocupación tradicional de la comunidad mapuche Las Huaytekas, un nombre que evoca al milenario bosque cipresal de Las Huaytekas.

El pleito se exacerbó en 2010, cuando en un encuentro comunitario se decidió que, además de realizar las prácticas tradicionales de rogativa en el bosque, la comunidad pasaría a vivir en esas tierras, ocupándolas con viviendas. En ese momento, el empresario forestal presentó la demanda que culminó con la cautelar que ordenó el desalojo.

El propio Tribunal Superior rionegrino rechazó los planteos legales comunitarios, decisión que fue apelada ante la Corte Suprema, que ya en 2013 frenó el desalojo, pero sin pronunciarse sobre el tema de fondo.

En su resolución, el Máximo Tribunal adhirió al planteo de la Procuradora General, quien argumentó que el desalojo “afectaría el derecho a poseer comunitariamente y, por lo tanto, se impediría conservar el vínculo especial que estos pueblos mantienen con la tierra y el territorio, que representa el centro de su cosmovisión”.

b) Cronología de Las Huaytekas

- <http://www.gajat.org.ar/2016/08/cronologia-las-huaytekas/>
- https://www.google.com/url?q=https://www.youtube.com/watch?v%3D_KG6AF-M0YI&sa=D&ust=1496719996867000&usg=AFQjCNEdOlhtvJichQHA4Jl6sc7XZbqv7w

c) Fallo completo y dictamen de la Procuración General de la Nación

- <http://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/wp-content/uploads/sites/9/2015/11/Huaytekas-CSJN.pdf>
- http://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/wp-content/uploads/sites/9/2015/02/M_466_L_49.pdf

d) *Tratamiento en los medios*

- <https://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-286015-2015-11-12.html>
- <http://www.elcordillerano.com.ar/index.php/judiciales/item/39954-reves-judicial-para-martinez-perez-por-desalojo-de-comunidad-las-huaytekas>
- <http://www.rionegro.com.ar/bariloche/comunidad-mapuche-no-podra-ser-desalojada-de-sus-tierras-CX642994>
- <http://www.cij.gov.ar/nota-11793-La-Corte-suspendi--un-proceso-de-desalojo-contra-integrantes-de-una-comunidad-mapuche.html>
- <http://www.telam.com.ar/notas/201511/126924-corte-suprema-freno-orden-desalojo-comunidad-mapuche-tierras-ancestrales.html>

e) *Conclusiones*

- *Es la primera vez que la Corte interpretó el alcance de la ley 26.160 así como el valor probatorio del relevamiento del art. 3º de la ley 26.160 realizado en este caso por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).*
- *Con relación al alcance de la ley 26.160, la Corte la encuadra como corresponde: en el tercer escalón de la jerarquía normativa. Por lo tanto, debe armonizarla con respecto a las normas superiores que regulan la materia indígena.*
- *Por primera vez en un fallo de la Corte Suprema se hace referencia al término de “territorio indígena”. El fallo introduce la noción de “territorio indígena” al expresar que el art. 13 del Convenio 169 de la OIT define la obligación estatal de respetar la especial relación que los indígenas tienen con las tierras y con el territorio y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. “El término tierras incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.*
- *En el punto V del dictamen, la Procuradora recuerda las obligaciones internacionales contraídas por la República Argentina en materia de derechos de los pueblos indígenas, así como la recomendación que en el año 2012 realizó el Relator Especial de la ONU instando a los gobiernos federal y provinciales a aplicar la letra y el espíritu de la ley 26.160 y 26.554. Párrafo seguido, explica cuál es ese espíritu: “... la ley 26.160 pretende evitar que se consoliden nuevas situaciones de despojo a fin de respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en aras de dar cumplimiento a un conjunto de compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado Nacional. En este sentido, el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional consagra derechos específicos para estos pueblos entre los que se encuentra el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (Fallos: 331:2119). Este derecho está reconocido también en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, “Caso Comunidad Mayagna de Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148)”.*

1.3.2. Jurisprudencia en Latinoamérica

Audiovisual:



Película: "La Deuda"

Director: Barney Elliot

Actores y actrices: Stephen Dorff, Alberto Ammann, Carlos Bardem, David Strathairn, Brooke Langton, Lucho Cáceres, Javier Valdaz, Jesús Aranda, Nidia Bermejo, Lilianna Trujillo, Delfina Paredes, Paco Varela.

Duración de la película: 99 minutos.

La película también es conocida como: *Oliver's Deal*. En los años 60, el gobierno peruano ofreció a los campesinos una serie de bonos para compensar la expropiación de las tierras. Ahora, las grandes empresas quieren hacerse con esa deuda para especular con ella.

Es un drama político con bifurcaciones de *thriller* que utiliza la narración escindida a través de varios focos para ir contando desde diferentes puntos de vista diversas realidades que tienen que ver con una serie de decisiones financieras que transcurren en las altas esferas de poder y que repercuten en el ciudadano de a pie. Así, la película funciona mucho mejor cuando nos acercamos al drama verdadero de una mujer que, por culpa de los recortes sanitarios, tiene que tener enferma en la cama a su madre sin posibilidad de que la operen, o a ese niño que atiende al ganado en los pueblos perdidos de Perú y que contempla con su mirada inocente las manipulaciones y extorsiones que ocurren a su alrededor. Sus rostros contienen verdad y desesperación, pero también el del personaje que interpreta Alberto Ammann, atrapado entre las dos partes del conflicto que se plantea y que se convierte en la verdadera clave de la película.⁽¹⁾

Cuestionario:

- 1) Una vez vista la película *La deuda*, señale los problemas que la trama presenta.

(1) Se puede ver la película en línea en: <http://gnula.nu/politica/ver-olivers-deal-la-deuda-2015-online/>

- 2) ¿Cuál es la relación entre el poder político y el poder económico-financiero?
- 3) Identifique en la legislación los derechos vulnerados.
- 4) Contemplando que uno de los argumentos que se manifiesta, en palabras del director del largometraje Barney Elliot, es “la batalla por la tierra”, elabore un argumento legal que permita defender la tesis de las comunidades afectadas.
- 5) ¿Encuentra similitudes con los casos jurisprudenciales mencionados en la guía? ¿Cuáles?
- 6) ¿Qué entienden por tierra y territorio los pueblos originarios?
- 7) ¿Existe conflictos como los mencionados en el largometraje en algún otro país de Latinoamérica? ¿En cuál?
- 8) En Argentina, ¿considera que hay alguna similitud con lo que está sucediendo? Desarrolle.

Resúmenes jurisprudenciales

Corte IDH, “Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 17/06/2005

Voces: propiedad comunitaria; conflictos entre propiedad privada y comunitaria

Hechos: el caso llega a la Corte IDH en virtud de la demanda entablada por la comunidad indígena Yakye Axa contra el Estado de Paraguay, por no haberse respetado el acceso a su propiedad comunitaria y ancestral de sus tierras y territorios. Desde 1996 varias familias de la Comunidad Yakye Axa estuvieron viviendo al costado de la carretera producto de las malas condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas asentadas en sus territorios desde fines de siglo XIX.

Derechos violados de la Convención Interamericana

Art. 1º (Obligación de respetar los derechos); art. 19 (Derecho de niño); art. 2º (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno); art. 21 (Derecho a la propiedad privada); art. 25 (Protección Judicial); art. 3º (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); art. 4º (Derecho a la vida); art. 8º (Garantías Judiciales).

Resoluciones relevantes

146. (...) los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como

pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales (...).

154. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.

164. [...] los miembros de la Comunidad Yakyé Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakyé Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios.

165. Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento (supra párr. 50.97). A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso (supra párrs. 50.98 y 50.99), las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad.

168. En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakyé Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakyé Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad (...).

Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/08/2010

Voces: derecho al acceso a la tierra tradicional; derecho a la propiedad comunitaria; derecho a la integridad cultural; deber de no discriminar

Hechos: el caso llega a conocimiento de la Corte IDH en el marco de la venta a privados por parte del Estado paraguayo de territorio ancestral de la comunidad Xákmok Kásek, asentada en la región del Chaco paraguayo, obligando a la comunidad a concentrarse en los que se fundó posteriormente como “Estancia Salazar”. La Comunidad vio condicionado su modo de vida, sus actividades tradicionales de subsistencia y su movilidad. Luego de varios reclamos al Gobierno infructuosos, en el año 2008 la Presidencia de la República declaró 12.450 hectáreas de la Estancia, dentro de las cuales 4175 eran reivindicadas por parte de la Comunidad como tradicionales, como Área Silvestre Protegida bajo Dominio Privado, sin consulta.

Derechos violados de la Convención Americana:

Arts. 21.1 (Derecho a la propiedad privada), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), y 2º (Deber de Adoptar las Disposiciones del Derecho Interno).

La Corte determinó que en virtud de la historia de la ocupación y recorrido del territorio por parte de los miembros y ascendientes de la Comunidad, la toponimia de la zona otorgada por sus miembros, las conclusiones de los estudios técnicos realizados al respecto, así como las consideraciones relativas a la idoneidad de dichas tierras dentro del territorio tradicional, la porción de 10.700 hectáreas dentro de la Estancia Salazar reclamadas por la Comunidad, son sus tierras tradicionales, y conforme a esos estudios técnicos son las más aptas para el asentamiento de la misma (Corte IDH, 2010, p. 30, párr. 107).

Con relación al procedimiento administrativo iniciado por la Comunidad para la recuperación de sus tierras tradicionales, determinó que no se respetó la diligencia debida ni un plazo considerado razonable. Dicho procedimiento fue ineffectivo y no ofreció la posibilidad real a la Comunidad de recuperar las tierras reclamadas. Resaltó que las autoridades estatales paraguayas no tomaron el tema de territorial indígena desde la perspectiva de las propias comunidades indígenas y su relación con su tierra tradicional, sino que lo consideraron desde la mirada de la productividad, característica de un enfoque privado de la propiedad. Por lo tanto, consideró que el Estado ignoró la reclamación indígena al momento de declarar parte del territorio reclamado como reserva natural bajo dominio privado, en perjuicio de asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad con relación al plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales. El Tribunal sostuvo que la no restitución de las tierras consideradas por parte de la Comunidad como tradicionales afectó la identidad cultural de la Comunidad, la cual corresponde a una forma de vida particular, a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales.

En consecuencia, el Tribunal sentenció la responsabilidad del Estado paraguayo por la violación del derecho a la propiedad comunitaria, a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales.

En cuanto al derecho a la vida, la Corte destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no ha sido suficiente para superar la situación de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad, lo que llevó al fallecimiento de algunos de ellos, siendo las principales víctimas niños y niñas. Consideró que tal situación trágica está vinculada a la falta de sus tierras, debido a la restricción que sufrieron en su forma de vida imposibilitando su autoabastecimiento y autosustentabilidad, obligándolos a vivir no solamente de manera distintas a sus pautas culturales sino en la miseria. Por lo tanto, determinó que el Estado es responsable por no otorgar las prestaciones básicas para proteger el derecho a la vida digna para un grupo de personas determinado. Agregando, con relación a los fallecimientos, que la no adopción de medidas necesarias y esperadas, dentro de sus atribuciones para prevenir el riesgo al derecho de vida, constituye una violación a tal derecho debido a que esas muertes pudieron prevenirse con una asistencia periódica y controles de salud adecuados, principalmente a los niños y niñas, con los que el Estado tiene una protección superior.

Otro punto de destacar del fallo es la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.1 CADH) por parte de Paraguay en perjuicio de la Comunidad. El Tribunal observó que la falta de respuesta ante el reclamo legítimo por la restitución de sus tierras ha llevado no solo a la pérdida de su cultura y forma de vida, sino además a condiciones de vida miserable, incluso a la muerte de varios miembros de la Comunidad, provocando un sentimiento de pesar y de sufrimiento que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la comunidad.

El Tribunal además concluyó que Paraguay violó el art. 19, **derecho del niño**, de la CADH. Consideró que el Estado no llevó adelante la protección correspondiente para con los niños y niñas dado el grado de vulnerabilidad en que se encontraban estos, y que ha llevado a la desnutrición y a la muerte de los niños y niñas de la Comunidad, derivado de la falta de su territorio tradicional; ello además impide las prácticas de iniciación femenina y masculina, afectando el desarrollo e identidad cultural de estos.

Finalmente, la Corte observó que el Estado paraguayo incumplió el deber de no discriminar debido al alto grado de vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad, ante la falta de recursos como de instituciones estatales que garanticen y protejan el cumplimiento de los derechos de los indígenas, demostrando un desconocimiento de cuestiones relativas al modo de vida de la comunidad como su cultura. En consecuencia, determinó que el Estado paraguayo no adoptó medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de la Comunidad.

Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tinghi vs. Nicaragua” (Excepciones preliminares), 31/08/2001

Voces: derecho de propiedad comunitaria; derecho a la protección judicial efectiva y a una respuesta en plazo razonable.

Hechos: el presente caso llega a la Corte IDH en virtud de la concesión por 30 años otorgada por el Estado de Nicaragua a la empresa Solcasa para el manejo y aprovechamiento forestal de 62.000 hectáreas en tierras tradicionales de la Comunidad, sin consultar a la misma. En tanto ello, la comunidad solicitó al Estado de Nicaragua que no avanzara con el otorgamiento de la concesión y, a la vez, delimitase su territorio con su participación.

La Corte señaló en el fallo la obligación, a cargo de los Estados, de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, contenidos en la Convención, en la Constitución y en la propia ley. Agregando que el análisis de dicho derecho garantizado debe hacerse teniendo en cuenta si existe o no un procedimiento para la titulación de tierras; en segundo lugar, si los recursos presentados fueron resueltos de conformidad con el art. 25 CADH por convertirse en ilusorios e ineficaces, debido a que estos incurrieron en un retardo injustificado por parte del Estado. La Corte dijo que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrarse normativamente un recurso efectivo para la protección de los derechos de la Convención, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. (p. 72).

El Tribunal determinó que si bien existe normativa que protege y reconoce la propiedad comunal indígena en Nicaragua, no estaba claramente regulado el procedimiento para ejercer tal derecho, siendo que desde 1990 no se han titulado tierras a comunidades indígenas.

La Corte IDH entiende que el Estado de Nicaragua violó el art. 25 CADH al no adoptar medidas adecuadas en su derecho interno para la demarcación, delimitación y titulación de las tierras comunales indígenas. Entiende así que el Estado ha violado el art. 21, derecho a la propiedad, el cual comprende los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad communal.

El Tribunal resaltó el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como también la particular concepción respecto de la propiedad comunitaria o colectiva que tienen las comunidades indígenas, la cual se centra en el grupo y su comunidad diferente a la de propiedad privada, como la relación espiritual y material con la tierra, para determinar que la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecen de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (p. 79).

En consecuencia, la Corte consideró que Nicaragua violó el art. 21 de la Convención debido a que restringió el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad, dado que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación forestal en el territorio que debe ser demarcado, delimitado y titulado.

Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (Fondo y Reparaciones), 27/06/2012

Voces: consulta libre, previa e informada; estándares.

Hechos: el presente pleito llega a intervención de la Corte IDH en virtud del contrato suscripto en 1996 para la exploración y explotación de hidrocarburos entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y empresas petroleras, en una superficie de 200.000 ha, en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku. La sentencia del Estado de Ecuador condenó al mismo a indemnizar con USD1.400.000 al pueblo Kichua de Sarayaku por los daños causados por la actividad petrolífera en sus territorios, que se desarrolló sin mediar procesos de consulta y consentimiento libres, previos e informados.

Consulta previa y propiedad comunal indígena: en el presente caso, la Corte entendió que la comunidad indígena veía seriamente amenazada su calidad de vida, así como su cultura y costumbres en tierras cuya posesión ejercen en forma ancestral y que fuera reconocida expresamente como de propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, a raíz de que el Estado impulsó un proyecto petrolero en su ecosistema, sin haber previamente informado y consultado respecto a dicho propósito. La actividad petrolera impuesta significó para Sarayaku militarización de su territorio, destrucción ambiental, violencia, persecución, agresiones e incluso el deterioro de elementos sagrados en su cultura y cosmovisión. Para quienes representaban al Estado, no había el deber de consultar a Sarayaku sino el derecho de explotar petróleo y vigilar los territorios indígenas con personal armado.

La sentencia expresa la necesidad de que se respete el derecho a la consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas y los estándares para su aplicación. La Corte señaló que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. Por último, y haciendo referencia al caso puntual, destaca que como garantía de no repetición en el eventual caso de que se pretenda realizar actividades o proyectos de explotación o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión, de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia.

El estándar respecto a la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas ha sido ya establecido por la Corte Interamericana en la sentencia del “Caso Saramaka vs. Surinam” en el cual la Corte dijo que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación no solo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. Consecuentemente, al disponer que las consultas se realicen de conformidad con los estándares internacionales, la sentencia del caso “Sarayaku” remite al estándar de la sentencia de Saramaka respecto al consentimiento.

Garantías en el proceso y protección judicial: el Estado tiene la obligación de proporcionar un recurso judicial que no se reduce, simplemente, a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aun a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”; es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

Corte IDH, “Saramaka vs. Suriname” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2007

Hechos: el presente caso llega a la Corte IDH en virtud de las concesiones que el Estado de Suriname empezó a otorgar a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del Río Suriname Superior y el territorio del

Pueblo Saramaka. Dichas concesiones madereras dañaron el medio ambiente. Al Pueblo Saramaka, por carecer de estatuto jurídico en Suriname, no le era elegible recibir títulos comunales en nombre de la comunidad o de otra entidad colectiva tradicional.

Propiedad privada: la Convención Americana de los Derechos Humanos garantiza en su art. 21 el uso y goce de los bienes, y con ello la protección a la propiedad privada. Sin embargo, ese derecho no debe ser entendido en términos absolutos, pues el Estado tiene la facultad de restringirlo siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) *hayan sido previamente establecidas por ley;*
- b) *sean necesarias;*
- c) *proporcionales;*
- d) *que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática; y*
- e) *no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.*

En razón de ello, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en serio riesgo.

Consulta previa: la Corte manifestó la necesidad de garantizar la participación efectiva de los integrantes del Pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio. En virtud de ello, el Estado tiene el deber de consultar, activamente con dicha comunidad según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que se brinde la información necesaria para tener un conocimiento de la situación y los riesgos que conlleva, e implica una comunicación constante entre las partes. Asimismo, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. La consulta debe efectuarse de conformidad con sus propias tradiciones en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. Por último, la Corte entendió que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación no solo de consultar, sino también de obtener el libre consentimiento, informado y previo de estos, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.

Personalidad jurídica: los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. El Pueblo Saramaka, por su parte, se encuentra en una situación de vulnerabilidad respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que

carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte observa que todo miembro individual del Pueblo Saramaka puede obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad y que un fallo a su favor puede también tener un efecto favorable en toda la comunidad. Sin embargo, en un sentido jurídico, estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto y es por ello la necesidad de que el Estado deba reconocer a los integrantes del Pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Así las cosas, el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del Pueblo Saramaka como un conjunto ayudaría a evitar esas situaciones, ya que los representantes verdaderos de la personalidad jurídica serían elegidos conforme a sus propias tradiciones y autoridades locales, y las decisiones que afecten la propiedad sería la responsabilidad de aquellas autoridades y no la de los miembros individuales.

2. Derecho al acceso a la justicia

2.1. Marco teórico

Pese a existir lineamientos jurídicos, cuerpos normativos y estándares juríspudenciales vigentes a nivel internacional en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en la praxis cotidiana de los poderes judiciales latinoamericanos varias son las cuestiones procesales, estructurales y culturales que crean barreras, limitaciones e impiden el verdadero respeto a dicho derecho humano. La búsqueda por garantías plenas del acceso a la justicia de estos pueblos es un gran desafío de la sociedad civil, académicos, activistas, estudiantes, instituciones públicas, organizaciones de base, movimientos políticos en miras a generar una sociedad plural, diversa y más justa.

Los sistemas judiciales de la región representan, a través de sus lógicas y procedimientos, un abismal desfalco en el respeto y puesta en vigencia de Estados multiétnicos, multilingües y pluriculturales (así reconocidos en varias de las constituciones nacionales latinoamericanas), lo que de facto obstaculiza que los pueblos indígenas gocen efectivamente de sus derechos. Los propios códigos y signos comunicacionales usados en la justicia occidental muchas veces contradicen las costumbres y cosmovisiones de los indígenas que necesitan/desean acceder a las instituciones judiciales: un gesto como el de mover la cabeza que para la cultura occidental puede significar asentir una idea, para la cultura **aymara** significa un gesto de que se está escuchando con respeto. En esto —y muchísimas otras cuestiones— habitan algunas de las principales limitaciones de los sistemas de justicia actuales.

Tal hecho se vincula directamente con el derecho básico de que un sujeto indígena procesado o perseguido por la justicia convencional pueda transitar todo el proceso judicial con un intérprete/traductor de su lengua y que las

notificaciones judiciales también sean en su lengua de origen (para que se le permita declarar, expresarse y tener total información de lo que está siendo acusado/denunciado; las fases procesales y términos técnicos propios del derecho). Es decir, si una persona no se puede expresar ni entender lo que se le dice, no tiene asegurado su derecho al acceso a la justicia. Es obligación de los Estados (en toda su estructura) facilitar y generar todos los medios posibles para que existan intérpretes —y registros formales dentro de la/s estructuras/s— de las distintas lenguas y culturas de los pueblos/naciones existentes a lo largo de su territorio.

No obstante, otras cuestiones orientan las discusiones y debates sobre la temática y caracterizan muchos de los casos jurisprudenciales de nuestro tiempo. Infinitos son los modos y caminos mediante los cuales los grupos vulnerables pueden ver coartado su derecho humano de acceso a la justicia. En este sentido y a modo de ejemplo, si una persona no posee las condiciones económicas que le permitan acceder a un abogado/a o defensor/a que lo asesore y represente en el litigio, estará en peligro porque el ejercicio de su derecho constitucional a la defensa en juicio será escaso o nulo. Si una persona tiene al juzgado o cualquier otra institución estatal que participe en el proceso a 200 km o más de su casa y no tiene las condiciones para llegar (como ha ocurrido con muchos miembros de comunidades indígenas rurales y/o aisladas), se le dificulta acceder ampliamente a los procesos o instancias de la cual son parte. Si se niega tomarle una denuncia a un sujeto en una comisaría en base a cuestiones tales como el aspecto o pertenencia a un grupo socioeconómico y/o étnico/lingüístico, haciendo praxis la discriminación estructural propia de las instituciones occidentales, se está violentando el acceso a la justicia. Si se les inventan causas judiciales y son sistemáticamente perseguidos por el aparato estatal cuando ejercitan su defensa al territorio ancestral se les está violentando el acceso a la justicia.

El bajo nivel de conocimiento y conciencia de los operadores de justicia acerca de los derechos, culturas, cosmovisiones y realidades de los pueblos indígenas también influye en las dificultades de los sujetos indígenas de hacerse escuchar y poder participar en procesos de administración de justicia en igualdad de condiciones con el resto de la población. Asimismo, prácticas discriminatorias y elementos tales como la propiedad de la tierra siguen siendo los factores histórico-estructurales que los convierten en sujetos perseguidos, y en la mayoría de los Estados los sistemas de administración de justicia indígena siguen sin estar reconocidos.

En esta dirección, el no acceso a la justicia de los pueblos indígenas tiene que ver con dos ejes centrales:

- **Aparato, estructura y lógicas de la justicia convencional:** cómo está organizado institucional y burocráticamente el sistema judicial, sus tribunales y otros organismos del Estado vinculados a este poder. Las pautas y plazos procesales que guían el día a día del proceso, así como los códigos, símbolos y prácticas que albergan los pasillos de las instituciones que, la mayor de las veces,

contradicen o llenan lagunas de los cuerpos normativos (negación a sacar fotocopia o acceder al expediente por parte de un familiar, por ejemplo). El desconocimiento o indiferencia por parte de los/as jueces de responsabilidades a las que se obligó el Estado argentino al ratificar el estándar internacional predilecto en la materia (Convenio 169 de la OIT). El escaso número de abogados/as que conozcan y litiguen la temática indígena.

- **Diálogo de las diferencias entre los sistemas de justicia occidental e indígena:** visibilización de la justicia tradicional de los pueblos y de sus modos y métodos para resolver sus conflictos mediante el respeto a la identidad, cosmovisión, tradiciones, creencias y lenguas. Mediante un cambio de paradigma que permea al sistema judicial occidental, incentivar el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el diálogo entre ambas maneras de administrar justicia en miras a generar instancias y procesos interculturales, diversos y plurales.

El presente apartado se propone abarcar y visibilizar didácticamente el derecho humano al acceso a la justicia que tienen los pueblos y comunidades indígenas desde una mirada de su derecho a ser diferente. El arribo (como parte actora o demandada) al ordenamiento institucional y sistema de justicia formal les habilita el reclamo a una respuesta satisfactoria que respete y tenga en cuenta sus distintas/específicas necesidades y modos de vida. La metodología de trabajo a utilizar será la de dejar en evidencia a través de medios gráficos, videos, fotografías y noticias periodísticas los casos jurisprudenciales de nuestro país y la región, realizando preguntas que interroguen y ayuden a la construcción del pensamiento crítico. También trabajaremos sobre experiencias que han sido adecuadas y que pueden ser replicadas y apreciadas.

2.2. Normativa aplicable

A. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989)

Artículo 8º: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9º: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las au-

toridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 12: Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

B. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

Artículo 13: (...) 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 20: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo...

Artículo 33: (...) 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34: Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 40: Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

2.3. Abordaje del acceso a la justicia desde la jurisprudencia

2.3.1. Casos jurisprudenciales en Latinoamérica

México

Pedro Gatica pasó más de 11 años de su vida en prisión preventiva sin saber de qué se lo acusaba por no manejar la lengua española.

<http://redinocente.org/2016/10/pedro-gatica-estrada/>

<https://www.youtube.com/watch?v=E8wQfWYUsUQhttp://www.asilegal.org.mx/index.php/es/noticias/346-los-pueblos-indigenas-en-mexico-y-los-obs-taculos-para-el-acceso-a-la-justicia>

<http://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/index.php/2012/07/26/indigenas-inocentes-lustros-en-la-carcel-por-discriminacion/>

Cuestionario:

- 1) Enumere los derechos humanos violentados en base al Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)
- 2) Explique brevemente las garantías constitucionales del proceso penal que están en juego.

Brasil

Caso niña Yanomami: la Justicia prohíbe a padres indígenas llevar a su hija desde el hospital a su comunidad por creer que la van a sacrificar. En Brasil, según lo establecido en la Constitución, los casos que involucran pueblos indígenas son tratados directamente por el Supremo Tribunal Federal (instancia máxima). En este caso, intervino un juzgado de primera instancia, no siendo competente por ir en contra de lo establecido en la propia Constitución. Esto ocurrió porque la jueza que tomó el caso no los consideró indígenas —negando su identidad— y opinando que era un caso “tradicional y convencional”.

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/04/16/ult5772u3628.jhtm>

<https://noticias.uol.com.br/ultnot/multi/2009/04/16/0402306CC8990346.jhtm?am-estado-de-saude-da-menina-yanomami-e-grave-0402306CC8990346%3CBR%3E>

<https://terrasindigenas.org.br/noticia/74>

https://pib.socioambiental.org/pt/pt/noticias?id=66400&id_pov=317

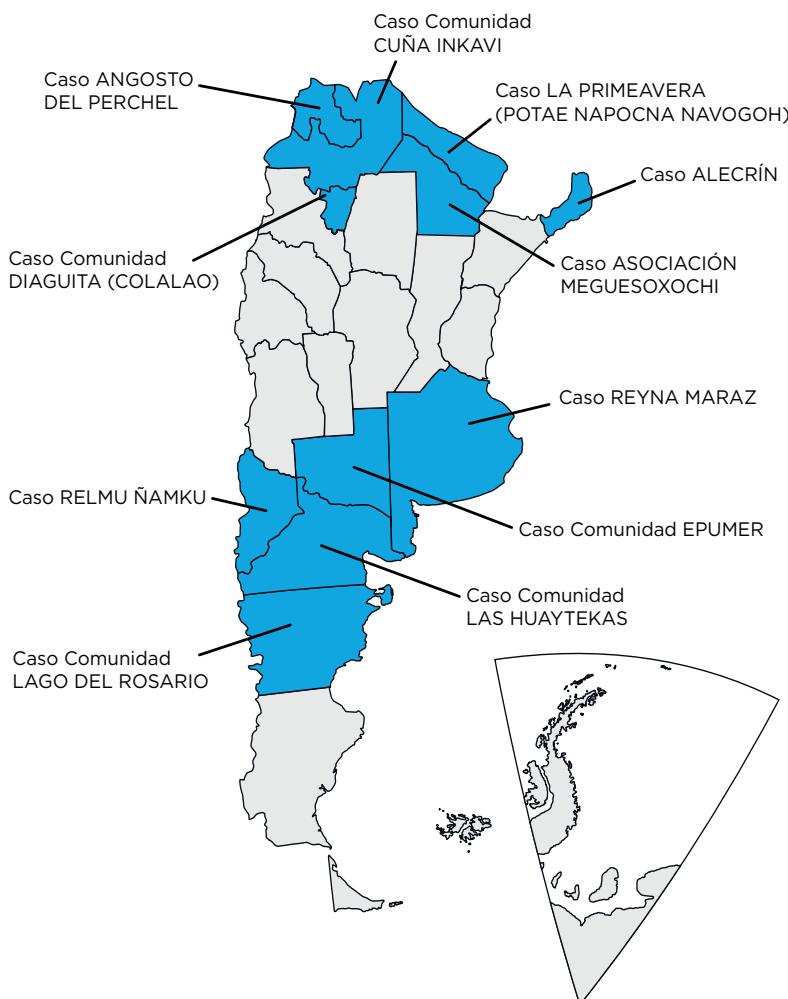
<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>

<http://assessoriajuridicapopular.blogspot.com.ar/2016/11/o-fantasma-colonial-do-infanticidio.html>

Cuestionario

- 1) ¿Cuáles otros instrumentos con jerarquía constitucional en nuestro país se encuentran violentados en este caso?
- 2) ¿Qué hubiese hecho usted en caso de ser el/la juez/a?

2.3.2. Casos jurisprudenciales en Argentina



Neuquén: Caso “Relmu Ñancu”

Noticia periodística: <http://www.resumenlatinoamericano.org/2015/11/15/argentina-lo-que-dejo-el-juicio-a-relmu-namku-martin-maliqueo-y-maurico-rain-analisis-de-un-caso-de-unidad-en-la-lucha-que-reflejo-las-complicidades-politico-empresariales-por-seguir-avasallando-l/>

Vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=ansvhPbnnLw>

Cuestionario

- 1) En su opinión, ¿cuál es el quiebre que produjo el juicio en la estructura judicial?
- 2) ¿Cómo argumentaría el derecho de una comunidad indígena a ser querellante en un proceso penal?

Buenos Aires: Caso “Reina Maraz”

Vídeos: <https://www.youtube.com/watch?v=lQWbvNO6Txs>;

<https://www.youtube.com/watch?v=8VEEvA6L2Rw>

Cuestionario

- 1) En caso de ser el abogado/a de Reina Maraz, ¿cómo construiría la base argumentativa de su defensa? ¿En qué derechos humanos se basaría?
- 2) Luego de permanecer tres años privada de su libertad sin saber de qué se la acusaba, ¿en qué argumentos y garantías constitucionales se basaría para demandar al Estado?
- 3) ¿En base al respeto de qué garantías constitucionales el Estado argentino se vería obligado a generar un nomenclador oficial de intérpretes/ traductores indígenas para actuar en juicio? En caso de generar un nomenclador de intérpretes para actuar en juicios, ¿qué otros derechos de los pueblos indígenas deben tener en cuenta los Estados? ¿qué medios y esfuerzos debería realizar el Estado para generar la plataforma oficial de traductores? (por ejemplo, el financiamiento de la capacitación en derecho de los indígenas idóneos, presupuesto propio para el trabajo de los traductores indígenas dentro del aparato judicial).

Tucumán: Caso de Desalojo en la Comunidad de Colalao

Noticia periodística: <http://uniondiaguaita.blogspot.com.ar/2011/07/continua-el-acoso-policial-comuneros-de.html#more>

Video: <https://www.youtube.com/watch?v=clG0kIFQ4hg>

Consigna: en base al Convenio 169 de la OIT, redacte los fundamentos centrales en los que usted, siendo el/la abogado/a de la comunidad, basaría el alegato de defensa.

Actividades:

El acceso a la justicia se extiende como un proceso que debe ser adaptado a un contexto específico y que requiere la capacitación de todos los actores involucrados. Los elementos que lo integran son: 1) protección legal: reconocimiento de los derechos dentro de los sistemas de justicia que otorgue la posibilidad de obtener una respuesta a sus necesidades jurídicas ya sea mediante mecanismos formales o tradicionales; 2) conciencia legal: conocimiento por parte de los individuos de la posibilidad de obtener una reparación jurídica mediante los sistemas de justicia formales o tradicionales; 3) asistencia y asesoramiento legal: acceso a profesionales capacitados para iniciar y llevar adelante procedimientos jurídicos; 4) adjudicación: proceso de determinación del tipo de reparación jurídica o compensación más adecuado, ya sea regulado por la legislación formal, como ocurre en los tribunales, o por los sistemas jurídicos tradicionales; 5) ejecución: implementación de órdenes, resoluciones, y acuerdos que surjan de la adjudicación formal o tradicional, 6) supervisión de la sociedad civil y del parlamento: funciones de vigilancia y control con respecto a los sistemas de justicia (Defensoría General de la Nación, 2010, p. 22).

En base a los elementos que integran un exitoso acceso a la justicia para los pueblos indígenas según la Defensoría General de la Nación y en miras a lograr un verdadero proceso intercultural y plural, ¿cómo concibe usted la participación del sujeto político afectado directa o indirectamente —sujeto indígena— en cada una de las instancias o elementos? ¿Qué aportes fundamentales de los pueblos indígenas debería tener en cuenta el Estado?

Videos: <https://www.youtube.com/watch?v=HOjgwYaln18>

Cuestionario

Luego de ver el video (minuto 1:10 a 3:20), responde:

- 1) ¿En qué consiste el acceso a la justicia de los pueblos indígenas?
- 2) ¿Por qué los Estados se ven obligados a respetar los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas?

<https://www.youtube.com/watch?v=4mwCnNMt7Hk>

Importancia del reconocimiento de la diversidad cultural y del acercamiento del Poder Judicial a la interculturalidad.

Diálogo entre jurisdicción indígena y occidental

Bolivia: https://www.youtube.com/watch?v=hgiT7X_T_Y&list=PLaLcIgPmnND1avJmbfz6lcf6bME6dHcWw&index=4

Ecuador: <https://www.youtube.com/watch?v=tjY7GHmSxCE&index=2&list=PLaLcIgPmnND1avJmbfz6lcf6bME6dHcWw>

Cuestionario

- 1) El modo horizontal (asamblea comunal) de abordar el conflicto propio de la cosmovisión indígena, ¿lesiona alguna garantía procesal penal occidental?
- 2) Frente al reconocimiento por parte del Estado de la forma y manera de resolver los conflictos dentro de la comunidad y/o pueblo indígena, ¿qué potenciales beneficios puede ocasionar para el Estado y la sociedad toda? ¿En base a qué derechos constitucionales e internacionales fundamentaría usted la defensa del reconocimiento a la jurisdicción indígena dentro del sistema de administración de justicia estatal?
- 3) “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”, expresa el art. 4º de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007. En base al artículo citado indique por qué el desarrollo por parte de los pueblos indígenas a su jurisdicción propia constituye un ejercicio de su autonomía y de su derecho humano a la libre determinación.

3. El derecho a la consulta

El derecho a la consulta es un proceso previsto para hacer efectivo el derecho a la participación de los pueblos Indígenas y una obligación a cargo del Estado, en todos sus niveles —Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial—, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a una comunidad o pueblo indígena. El proceso de consulta no puede ser llevado adelante de cualquier forma, sino que el mismo y de conformidad con los estándares que fueron fijando los organismos y mecanismos internacionales solo puede ser tomado por válido siempre que dicha consulta sea: **previa** —anterior al comienzo de ejecución de la medida estatal en cuestión—, **libre** —se debe garantizar que las comunidades puedan decidir con libertad sin que existan presiones, intimidaciones o manipulaciones, ajustándose el proceso a los tiempos y sistemas de toma de decisiones propios de la comunidad o pueblo— e **informada** —las comunidades deben tomar la decisión contado con toda la información sobre el proyecto sujeto a consulta, expresada dicha información de manera que pueda ser comprendida—.

Derecho

Art. 6º del Convenio 169 de la OIT, ratificado por ley 24.071 y art. 5º, 18 y 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El derecho a la participación también se encuentra previsto en el art. 75, inc. 17 CN.

Jurisprudencia

1) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”

Hechos:

La presente demanda llega a instancias de la Corte Interamericana en virtud de las concesiones otorgadas por el Estado para la explotación forestal y minera a favor de terceros sobre el territorio de posesión del Pueblo Saramaka. En dicho fallo la Corte IDH encuentra al Estado responsable de violar los derechos del Pueblo Saramaka consagrados en el art. 21 —derecho a la propiedad— y art. 25 —derecho a la protección judicial- de la Convención Americana. La Corte, asimismo, encuentra vulnerado el derecho a la consulta de las comunidades afectadas, sosteniendo:

Jurisprudencia

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la

diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

137. (...) La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

Cuestionario

- 1) La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido fijando los estándares internacionales que se deben respetar a los fines de que los Estados realicen consultas genuinas. Enumere los estándares y haga una breve descripción de los mismos conforme el fallo.
- 2) La consulta es obligatoria para el Estado cuando se vayan a tomar medidas susceptibles de afectar a una comunidad indígena. Ahora bien, el consentimiento, horizonte de la consulta, no siempre es obligatorio. De acuerdo al fallo, ¿en qué caso el Estado debe obtener el consentimiento de las comunidades indígenas a los fines de poder llevar adelante la medida estatal en cuestión?

Caso “Pueblo Indígena Kichwa vs. Ecuador”

Hechos

El caso se refiere, entre otros temas, al otorgamiento por parte del Estado de un permiso de exploración y explotación a favor de una empresa petrolera en territorio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Dicho permiso fue otorgado sin consulta ni consentimiento. Se iniciaron las fases de exploración petrolera con uso de explosivos de alto poder y que implicaba una situación de riesgo para la población, a la par de impedirle la búsqueda de medios de subsistencia y limitar el derecho de circulación de la comunidad y de expresar su cultura. El pueblo se encuentra ubicado en la región del Ecuador Amazónico, en el área del bosque tropical, siendo uno de los entornos que ofrecen mayor biodiversidad en el mundo. A diferencia de otros casos, el derecho del Pueblo Sarayaku a su territorio se encontraba reconocido por el Estado. A continuación de citan los considerandos en los que la Corte se expresa sobre el derecho a la consulta.

Jurisprudencia

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general

un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (infra párrs. 212 a 217), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

160. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

164. Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como por ejemplo en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio Nº 169 de la OIT se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo (...)

165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Conven-

ción (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.”

Cuestionario

- 1) ¿El derecho a la consulta, en qué se fundamenta según la Corte IDH?
- 2) Uno de los principales obstáculos que argumentan los Estados a los fines de dar cumplimiento con el derecho a la consulta es que no existen documentos que describan como llevar adelante este proceso. Según el fallo, ¿cómo deben realizarse estos procesos de consulta?, ¿podrían ser todos iguales u homogéneos?
- 3) En las actividades extractivas es usual que las empresas primero realicen una etapa de exploración del territorio, en cual el interesado lleva adelante actividades tendientes a determinar la viabilidad de la explotación, y luego

se concreta la explotación en cuestión. Ahora bien, un proceso de consulta que tenga lugar durante la etapa de explotación, ¿podría ser considerado válido? Fundamente conforme la sentencia.

2) Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad” (C. 1324. XLVII).

Para acceder al fallo completo:

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-confederacion-indigena-neuquen-provincia-neuquen-accion-inconstitucionalidad-fa13000190-2013-12-10/123456789-091-0003-1ots-eupmocsollaf>

Hechos

La presente acción es iniciada por la Confederación Mapuche de Neuquén –organización indígena de tercer grado– contra la Provincia de Neuquén, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1184/2002. Dicho decreto reglamentaba el procedimiento a los fines de la inscripción de la personería jurídica de las comunidades indígenas en esa Provincia. Dicho decreto es impugnado judicialmente por cuanto imponía requisitos más gravosos e incompatibles con los previstos por el régimen establecido de la ley nacional de política indígena –ley 23.302– y su decreto reglamentario 155/1989. La medida omite, además, tener en cuenta la “autoidentificación” como criterio fundamental de inscripción, a la par de exigir como requisito a las comunidades indígenas el constituir un núcleo de por lo menos diez (10) familias asentadas para poder obtener la inscripción de su personería jurídica, siendo que el decreto reglamentario nacional –155/1989– exige una cantidad de por lo menos tres (3) familias.

Jurisprudencia

La sentencia que hace lugar a la demanda de la Confederación Mapuche se funda en mayor medida en la inadecuación del decreto provincial impugnado con la normativa federal vigente; no obstante, a los fines de dictar sentencia, nuestro más Alto Tribunal sostuvo lo siguiente.

Por último el decreto 1184/02 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual en su art. 6º expresa que: “los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.”

Si bien dicho fallo no dedica grandes considerandos al derecho a la consulta, es importante tenerlo en cuenta por implicar la opinión de nuestro más Alto Tribunal favorable a la obligatoriedad de la misma:

Cuestionario

¿Qué respondería si ud. fuera abogado/a de la Confederación y el Estado argumenta que su parte que no tiene obligación de realizar una consulta previa a los fines del dictado del decreto 1184/2002, por cuanto ello no está previsto en su normativa provincial? Respuesta: Ver considerando 166 del caso del “Pueblo Indígena Kichwa vs. Ecuador” (27/06/2012).

“Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Provincia de y otros s/amparo” (C. 1196. XLVI)

Para acceder al fallo completo:

<http://cij.gov.ar/nota-8479-La-Corte-convoc--a-una-audiencia-p-blica-a-comunidades-abor-genes-y-al-gobernador-de-Jujuy-.html>

Hechos:

Las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc constituyen un ecosistema único y de enorme riqueza; se encuentran ubicados en la Provincia de Jujuy y parte de la Provincia de Salta. En las mismas habitan desde tiempos inmemoriales 33 comunidades indígenas, dedicadas principalmente al cultivo de la sal y la cría de ganado. En 2016, las mismas ven amenazado su modo de vida ante el otorgamiento de permisos de exploración y explotación de litio y borato en la zona de la subcuenca Laguna de Guayatayoc-Salinas Grandes. Dichos permisos habían sido otorgados sin consulta previa, información y participación, por lo que las mismas inician una acción de amparo, la que tramita directamente ante la Corte Suprema de Justicia al haber dos provincias demandadas.

La Corte Suprema rechazó la demanda por entender que la misma no resultaba ser competencia originaria. No obstante, y previo a ello, fijó una audiencia para escuchar a las partes, fundando dicho llamado de acuerdo a las siguientes consideraciones:

Que la omisión de consulta previa, información y participación en que —según se denuncia— habrían incurrido las autoridades locales en los expedientes administrativos en trámite, en los que se habrían otorgado permisos de exploración y explotación de litio y borato en las zonas de Cochinoca y Tumbaya, exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 330:111, 4134 y 331:2925).

Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo funda-

mental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causas citadas precedentemente; Fallos: 328:1146).

Cuestionario:

- 1) Señale el accionar estatal que vulnera el derecho a la consulta.
- 2) Según jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el presente caso ¿resulta obligatorio obtener el consentimiento de las comunidades indígenas afectadas a los fines de conceder el permiso de exploración o explotación? Respuesta: ver considerando 137 del caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”.
- 3) ¿Puede el Estado argumentar que el proceso de consulta fue cumplimentado toda vez que se llevó adelante la audiencia ambiental?

3) Procuración General de la Nación

A continuación se abordarán dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación sobre la temática. Los mismos se dictan en oportunidad de su intervención previa al dictado de sentencia en juicios en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien dichos dictámenes no constituyen en rigor precedentes judiciales, consideramos importante su análisis y tratamiento en el marco de un proceso de aprendizaje por cuanto allí la Procuración hace un exhaustivo análisis de los derechos indígenas en juego y sienta posturas y precedentes que implican un avance en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Es así que el abordaje de los mismos no puede soslayarse con independencia de la postura que pueda asumir o haya asumido la Corte Suprema en relación a su recepción o apartamiento del dictamen. Es importante destacar que en otros precedentes judiciales, como ser CSJN, “Recurso de hecho Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros s/ medida cautelar s/ casación”, 466/2013 (49-M), la Corte Suprema hizo suyo el dictamen de dicho Ministerio Público.

**“Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”
(Expte. C. 1490, XLVII)**

Para acceder al fallo completo:

<https://www.mpf.gob.ar/buscador-dictamenes/?texto=&firma=19&materia=9&caratula=neuquen&pag=0>

Hechos:

En el año 2013 la legislatura de la Provincia de Neuquén sancionó la ley provincial 2439, por la cual se declara como municipio —de tercera categoría— a

la población de Villa Pehuenia; asimismo, y mediante decreto PEP 2/2004 se convocó a elecciones para la conformación de la Comisión Municipal respectiva. La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interponen recurso de inconstitucionalidad contra dichas medidas estatales, por cuanto se estaba ante la creación de un municipio sobre territorios de tres comunidades mapuches, sin haberse garantizado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ni asegurado su derecho a la participación.

Dictamen:

El dictamen que lleva la firma de la Procuradora General de la Nación y es favorable a la postura de las comunidades indígenas, afirmando para ello que las medidas cuestionadas debían haberse realizado mediando consulta previa y participación indígena. Particularmente dijo: *“... la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno”.*

“En particular, la Constitución Nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17)”.

“Por su lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben ‘consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’ (inc. a) y, en segundo lugar, deben ‘establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan’ (inc. b)”.

“En igual sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados ‘antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado’. Además, ese instrumento dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (art. 18), así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas (art. 20)”.

“Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ‘Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador’ manifestó que ‘[I]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos (...) Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos (...)’ (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166)”.

“[L]a creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos 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. Por un lado, la creación de un municipio requiere establecer los límites geográficos del ejido local y ello puede impactar en los intereses de los pueblos indígenas. En otras palabras, la demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios...”

“Por otro lado, la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus intereses económicos, culturales y sociales”.

“(...) En estas condiciones, la creación de un municipio implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Así, la ley 2439, que en principio es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población. Ello demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local”.

“En rigor, el modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica. El paradigma de protección de la diversidad cultural, al que hice referencia en el acápite anterior, cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas. Advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena.”

“Así el derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, De-

claración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos).”

“Asimismo, la sanción de la ley 2.439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones, cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal a quo, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la preservación de la forma de vida indígena. Más concretamente, la Constitución provincial asigna a los municipios todos los poderes para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local (art. 270 y ss.)”.

“Algunas de estas atribuciones eran ejercidas por las comunidades mapuches de acuerdo con sus criterios e institucionalidad. En tal sentido, las actoras resaltan que las cuestiones relativas al hábitat, la construcción de las viviendas, los lugares de asentamiento familiar, los caminos, los cementerios sagrados y los sitios espirituales, entre otras (fs. 31, 32 y 655), eran decididas en el interior del pueblo mapuche (...) Para más, la nueva autoridad está investida de un poder sancionador que puede poner en riesgo las prácticas tradicionales si no se adecuan a las reglas sociales y de moralidad que viene a imponer, ahora, el municipio.”

“De este modo, la sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En este sentido, la ley 2.439 incide directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio 169 de la OIT. En conclusión, la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural.”

“.... En estas circunstancias, corresponde, en primer lugar, condenar a la Provincia de Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales. En segundo lugar, cabe condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de

este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y a los tratados mencionados.”

Cuestionario

- 1) El derecho a la consulta es un proceso encaminado a la efectivización de otros derechos: ¿qué derechos se hayan vulnerados en el caso?
- 2) Según el dictamen, ¿podría el Estado argüir resoluciones o reglamentaciones ministeriales o internas para justificar la no realización de la consulta? ¿Por qué?
- 3) Enumera las razones por las cuáles el dictamen entiende que la creación de un municipio afecta los intereses de las comunidades indígenas. ¿Qué opina?
- 4) En el hipotético caso de que los habitantes del municipio de Villa Pehuenia entendieran que el fallo los discrimina y reconoce mayores derechos a las comunidades indígenas que a ellos, ¿qué le respondería conforme el fallo?

“Andrade de Quispe, Rosario Ladiez y otros c/ Estado Provincial s/ Acción de amparo”

Para acceder al dictamen completo:

<http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2013/09/A.759-47-Andrade-Quispe-Rosario1.pdf>

Hechos:

El presente pleito llega a la Corte Suprema de la Nación en el marco de la ejecución de la sentencia que dictara el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy, por la cual se condenó a esa provincia a transferir a las comunidades indígenas —de los departamentos de Cochino-ca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande— la propiedad definitiva de las tierras comprendidas en el Programa de Regularización y Adjudicación de Tierras a la Población Aborigen de Jujuy (en adelante. PRATPAJ o Programa de Regularización de Tierras). Esa sentencia provincial, asimismo, condenó al Estado a consultar y dar participación obligatoria a las comunidades indígenas afectadas en todas las actuaciones administrativas referidas a sus tierras o que de algún modo pudieran afectarlas, particularmente las que tramitaran ante el Juzgado Administrativo de Minas.

Dicha sentencia, y a solicitud del Estado provincial, es tenida por cumplida cuando surgió de manera ostensible que la misma no se había acatado. Ello toda vez que si bien se habían realizado algunos trámites conducentes, muchas comunidades no habían obtenido aún el título en cuestión. Contra esta decisión, los representantes de pueblos y comunidades indígenas interpun-

sieron recurso de inconstitucionalidad, el que llega a instancia de la Corte Suprema, oportunidad en la que la Procuración General emite el presente dictamen.

Es de tener en cuenta que este fallo resulta un importante precedente judicial en relación al derecho a la propiedad comunitaria indígena, y más precisamente sobre la obligación estatal de realizar todos los trámites pertinentes, incluida la mensura y titulación, a los fines de dar cumplimiento con el derecho a la propiedad comunitaria indígena. No obstante, lo que abordaremos en este punto es el tratamiento que realiza el dictamen sobre el derecho a la consulta y participación indígena.

Cuestionario

- 1) La mayoría de las audiencias que lleva adelante el Estado en el marco de un procedimiento de concesión de un permiso de exploración o explotación prevé simplemente una participación ciudadana en la cual se somete a consideración el informe de impacto ambiental producido por la empresa solicitante. Si bien este proceso no puede ser considerado un proceso de consulta, ¿qué opinión le merece, según el dictamen, la circunstancia de que el informe de impacto ambiental sea sometido a consideración una vez ya producido y a los fines de prestar su conformidad?
- 2) El estudio de impacto ambiental realizado por una empresa minera describe los impactos ambientales posibles y los sociales. En este último punto incluye, como análisis, la inserción laboral de los habitantes e integrantes de comunidades indígenas afectadas, así como la posible construcción a cargo de la mina de un hospital. Conforme el dictamen, ¿qué aspectos debería abordar dicho informe cuando el proyecto afecta comunidades indígenas?
- 3) ¿Qué implica o que significado le da al derecho de consulta el dictamen?

4) Tribunales federales o provinciales

Juzgado N° 2 Civil en lo Civil y Comercial, Cutral Co, “Petrolera Piedra del Águila SA c/ Curruhuinca Victorino y Otros s/Acción de Amparo”, 16/02/2011, Expte. 43907/07.

Hechos

El presente fallo se dicta en el marco de la acción de amparo interpuesta por una empresa petrolera contra los integrantes de la comunidad indígena Wenctru Trawel Leufu, a los fines que cesen los actos que impedían a la hidrocarburífera ingresar al predio sobre el cual la empresa había obtenido concesión estatal de explotación. El predio en cuestión integra el territorio indígena de la comunidad. La actora argumenta que la Provincia es la propietaria superficiaria de dichas tierras y que autorizó a la empresa las tareas de explotación. Por su parte, la comunidad arguye que los decretos provinciales

de concesión devienen inconstitucionales por haber omitido el proceso de participación y consulta impuesto por disposiciones de la mayor jerarquía, y contravienen los arts. 95 y 96 de la Constitución provincial.

Jurisprudencia

El tribunal provincial se pronuncia sobre diferentes aspectos que son importantes antecedentes en materia de derecho indígena, no obstante el mismo resulta un hito jurisdiccional en materia de derecho a la consulta y participación indígena. Cabe tener en consideración, asimismo, que el sentenciante expresa en su fallo que la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código Civil, siendo que esta primera se basa en la preexistencia al Estado y en el hecho de haber conservado la ocupación tradicional, no siendo aplicables los conceptos de actos posesorios contenidos en dicho compendio.

A continuación, y luego de citar el art. 75, inc. 17 de nuestra Constitución Nacional, el cual –recordemos– asegura a los pueblos indígenas la participación de la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que afecten, se pronuncia diciendo:

La consagración del derecho de participación implica que las comunidades indígenas siempre deberán ser consultadas cuando se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas, ya sea en forma directa como indirecta. Según la doctrina más especializada, esta garantía está integrada por: a) el derecho a la información y consulta: que debe ser amplia, previa, obligatoria, de buena fe, con libre expresión de los pueblos indígenas y con respeto a sus instituciones y prácticas ancestrales; b) derecho a impedir la realización de cualquier iniciativa que no haya sido precedida de esa información y consulta: asignándole a esta última el carácter de “dictamen *sui generis* obligatorio” cuya ausencia determina que las decisiones que se dicten sean insanablemente nulas; c) derecho a obtener beneficios económicos en caso de que ello resulte de la explotación de recursos naturales, o de otras actividades turísticas, rurales, industriales, o de cualquier índole y d) derecho a controlar la ejecución, implementación y evaluación de las actividades desplegadas y que puedan afectar sus intereses: lo que se traduce en una consulta permanente, a lo largo de todas las etapas, para lo cual deben proporcionarse los medios económicos necesarios para que dicho control sea efectivo (cfme. HUALPA, E. R., “Sin despojos. Derecho a la participación mapuche-tehuelche”, ENDEPA, Resistencia, 2003, p. 29).” Tal como sostiene el autor citado, el derecho de participación supone el de consulta previa, encontrándose ambos receptados a lo largo del articulado del Convenio Nro. 169 de la OIT. Es por ello que el

Comité de Expertos de la O. I. T. ha definido qué es y que no es un proceso de consulta. Así, ha sostenido que el mismo supone el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo. Advirtiendo también que la participación de las comunidades debe ser libre y plena en todas las fases del proceso y que la consulta debe ser previa a la adopción de las decisiones.

Para Berraondo López, los derechos a ser consultados y a participar están integrados en el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Según puntualiza: “a pesar de ser un derecho plenamente emergente, ya que todavía se está debatiendo y concretando sus contenidos y alcance, podemos afirmar que es un derecho vigente ya en el ordenamiento internacional de los derechos humanos, y que poco a poco las instituciones internacionales están actuando de manera radical en su exigibilidad” (Berraondo López, M., “Pueblos y movimiento indígena en la aplicación de los derechos humanos”, p. 22). Así, por ejemplo, si bien en el ámbito de las Naciones Unidas ninguno de sus órganos lo ha definido, son numerosos los que lo reconocen comprendido en el ámbito de los derechos humanos —PNUD, UNFPA, FAO, ACNUDH, OMS, entre otros—. Finalmente, la alusión que hace el art. 75 a los recursos naturales plantea un interrogante respecto a la compatibilización de la norma con el art. 124 in fine de la Constitución Nacional. Para María Angélica Gelli (en “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 574), en virtud de esta última disposición corresponde a las Provincias el dominio originario de sus recursos naturales, mientras que a las comunidades indígenas les está asegurada la participación en cuestiones relativas a los mismos. Es decir, que no se ha consagrado el derecho de los pueblos indígenas a disponer de estos recursos, sino solamente a tomar parte en su administración y en su producido.

Esta solución, resulta acorde con lo dispuesto en el art. 15 del Convenio Nro. 169 (...) En el presente caso, y tal como se enfatiza en la contestación de demanda efectuada por la Comunidad accionada, no se advierte que se haya dado cumplimiento a procedimiento de consulta o gestión conjunta de recursos alguno.

Cuestionario

- 1) Indique la normativa en la que la sentencia funda el rechazo de la acción de amparo interpuesta.

- 2) Identifique los estándares o pasos que deben integrar un proceso de consulta a los fines de garantizar el ejercicio del derecho a la participación asegurado a las comunidades indígenas.
- 3) Nuestra Constitución Nacional en su art. 124 dispone que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, lo que podría entrar en contradicción con el art. 75, inc. 17 de dicha Carta Magna. ¿Cómo soluciona el presente fallo dicha contradicción constitucional?

Videos

La consulta inconsulta:

<https://www.youtube.com/watch?v=2bev3saOaTg&t=624s>

El presente video titulado *La consulta inconsulta* es realizado en Ecuador, en el año 2013. El mismo tiene una duración de 20 minutos y relata diferentes experiencias acontecidas en ese país, en la cuales se realizaron consultas incumpliendo de forma ostensible los estándares internacionales y transformándose la misma en tramposas.

¿Qué es la consulta previa?:

<https://www.youtube.com/watch?v=UhdGMi8H9Ug>

Este video es producido por el COMISEDH —Comisión de Derechos Humanos—, organización no gubernamental peruana, y tiene una duración de 11 minutos. Está realizado mediante recursos de animación, y en él se hace un repaso por las nociones y conceptos del derecho a la consulta y el consentimiento, así como los casos en los que el consentimiento es obligatorio para el Estado.

El video también aborda las etapas de un proceso de consulta. Si bien y conforme lo visto en el material, la consulta previa no puede ser un proceso homogéneo sino que debe ser diseñado por los propios pueblos y comunidades, ya que debe adaptarse a sus particularidades, sí resulta ilustrativo mostrar cómo son los pasos a seguir en un procedimiento de consulta, aclarando esta particularidad a los fines de no confundir al estudiante ni contradecir el contenido del material. Por último, es de resaltar que el video aborda las bondades de la ley de consulta previa, aprobada en la República del Perú y su importancia, debiendo hacer saber que dicha normativa ha recibido muchas críticas por cuanto, luego de su sanción, se realizaron procesos de consulta sumamente cuestionables en términos de transparencia y buena fe. No obstante, se recomienda el presente video a los fines de fijar los conceptos del derecho de consulta.

El Relator Especial en Salinas Grandes:

https://www.youtube.com/watch?v=mOrTG_V0-sl

En el año 2011 el Relator Especial de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas James Anaya visitó la Argentina, realizando luego su informe sobre la situación de dichos pueblos en la Argentina, en el cual realiza

severas críticas y alerta sobre el grado de incumplimiento de nuestro país con los derechos de los pueblos indígenas.

En el marco de dicha actividad, visita a las comunidades de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc, las que por aquel entonces sostenían un fuerte reclamo ante el ingreso de empresas extractivas de litio en su territorio sin consulta. Es importante ilustrar que a pedido de las comunidades, la visita del Relator Especial tuvo lugar en las Salinas Grandes y no en una ciudad. Las 33 comunidades indígenas habían iniciado una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación como competencia originaria, la que se encontraba en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante el rechazo de la demanda por parte de nuestro más Alto Tribunal.

El Relator especial en su informe, y particularmente en lo que hace a sus preocupaciones resaltó:

42. La extracción de recursos naturales a lo largo del país también ha generado numerosos casos de disminución de territorios de los cuales dependen los pueblos indígenas. En las zonas desérticas del norte del país, específicamente en las provincias de Salta y Jujuy, representantes indígenas expresaron su preocupación por el consumo de agua que realizan las empresas mineras y el temor de que ello conlleve efectos desastrosos sobre los niveles de este recurso en la zona. En la región de las Salinas Grandes que abarca las provincias de Salta y Jujuy, por ejemplo, se teme que la propuesta de explotación del litio afecte el nivel de agua en esta zona árida, el cual es necesario para la cría de ovejas, cabras y llamas, y es asimismo esencial para la producción y cosecha de la sal, una actividad importante para la economía tradicional de la zona.

Asimismo, arriba a importantes conclusiones en lo que hace al derecho de consulta, diciendo al Estado:

91. De conformidad con los estándares internacionales aplicables, se deben llevar a cabo consultas con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado sobre los aspectos de estos proyectos que afecten sus derechos humanos. Esto podría ser facilitado a través de la reglamentación de un procedimiento de consulta con los pueblos indígenas. Como parte de este proceso, y especialmente en cuanto a propuestas de futuros proyectos, el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales deben desarrollar estudios exhaustivos sobre los posibles impactos sociales y ambientales, incluyendo sobre los recursos naturales como el agua, y sobre los derechos de los pueblos indígenas, que estos

proyectos pudieran ocasionar. Asimismo, se deben tomar medidas adecuadas de mitigación de impactos, reparación y justa compensación a las comunidades indígenas afectadas por los daños ambientales y a la salud, ocasionados por los proyectos que actual o anteriormente han operado en o cerca de territorios habitados por pueblos indígenas. El Estado debe investigar las alegaciones de serias irregularidades en los procedimientos relacionados con proyectos agropecuarios y extractivos existentes, con el fin de desarrollar nuevos procesos de consulta, si estos fueran considerados necesarios.

El video, de unos 15 minutos de duración, hace un resumen de la visita realizada, mostrando los testimonios que los referentes de las comunidades indígenas acercaron al Relator Especial. Por último, es de tener en cuenta que actualmente en el territorio de la cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc no existe actividad extractiva de litio, siendo que la mesa de Salinas Grandes sigue funcionando, reuniéndose periódicamente y ejerciendo la defensa de sus derechos. Recientemente, las comunidades elaboraron un protocolo sobre como el Estado debe proceder a los fines de consultarles cualquier medida administrativa y legislativa susceptible de afectarles. Un repaso en clase del mismo, puede servir para ilustrar como puede llevarse adelante un proceso de consulta. Para acceder a protocolo: <http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2016/07/15Sola%CC%81.pdf>

¿Qué es el derecho a la consulta?:

<https://www.youtube.com/watch?v=dKzZv3tLf68>

El presente video, producido por la Organización Colombiana de Justicia, tiene una duración de 2:30 minutos; en este referentes de comunidades indígenas de la República de Colombia relatan las nociones y conceptos sobre el derecho de la consulta. El mismo puede ser disparador para abordar el derecho a la consulta.

Todos somos Relmu:

<https://www.youtube.com/watch?v=b8Lwsi-ZwrU>

El video *Todxs somos Relmu* muestra el relato de una referente indígena mapuche acusada de tentativa de homicidio, y que tuvo que enfrentar un juicio oral y público. El hecho, que cobró mucha repercusión mediática, fue consecuencia de la falta de consulta del gobierno neuquino a dicha comunidad. La comunidad Winkul Newen impedía el ingreso a empresas petroleras a su territorio, las cuales habían obtenido permisos de explotación por parte del gobierno provincial sin haberse realizado la consulta previa. En tanto ello es que la empresa obtiene una orden de desalojo judicial de la comunidad, la que se intenta concretar mediante el uso de topadoras, orden que es resistida por la comunidad con piedras. Dicho hecho derivó en que la oficial de justicia actuante terminara con el rostro herido, lo que derivó en una causa penal hacia la comunidad.

El presente video de cuatro minutos muestra las palabras de la dirigente acusada de tentativa de homicidio.

ACTIVIDADES

A continuación se desarrollan algunas actividades que pueden servir para trabajar el tema en clase o bien tener en cuenta para los procesos de evaluación.

Actividad 1:

Seleccionar un caso de afectación del derecho a la consulta y elaborar la denuncia correspondiente para ser presentada ante el Relator de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU siguiendo los lineamientos generales que se presentan a continuación:

Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

Cómo enviar información al Relator Especial

Las comunicaciones enviadas por el Relator Especial dependen, en buena medida, de la información proporcionada por ONG y organizaciones indígenas. Es por ello que es muy importante que la información sea lo más exacta, actual y específica posible.

La información debe incluir una detallada descripción de las circunstancias de la violación alegada. Esta debe ser breve y precisa (1 o 2 páginas pueden ser suficiente) y puede estar acompañada de anexos que proporcionen evidencias escritas o gráficas sobre el caso.

La calidad y el nivel de información que se proporcione son cruciales para garantizar que el Relator Especial dé una rápida respuesta al caso, ya que la información incompleta requerirá posteriores investigaciones que pueden retrasar su consideración del caso.

Cualquier información adicional que se conozca del caso debe enviarse al Relator en nuevos mensajes, ya que esto es imprescindible para su intervención o en el seguimiento de las comunicaciones enviadas a los Gobiernos.

Información requerida

- Cuándo y dónde: fecha, hora y lugar preciso donde tuvo lugar el incidente (país, región, municipalidad y área).
- Víctima(s): nombre y detalles completos de los individuos, pueblos o comunidades que se han visto o pueden verse afectadas o están en riesgo de sufrir los hechos alegados.
- Qué sucedió: se deben detallar las circunstancias de la supuesta violación. Si el evento inicial llevó a otros, por favor descríbalos cronológicamente. En el caso de que sean medidas generales tales como legislación o políticas nacionales, indique el estadio de desarrollo en que se encuentra y como los pueblos indígenas pueden verse afectados.

- Responsables: se debe enviar información sobre quienes se cree que cometieron la violación. Se debe explicar si se conocen los motivos de estas sospechas y si tienen relación con autoridades nacionales.
- Acciones tomadas por las autoridades nacionales: ¿Se ha denunciado el caso a las autoridades judiciales o administrativas nacionales? ¿Qué acciones han tomado las autoridades responsables para remediar la situación?
- Acciones en el ámbito internacional: ¿Se ha iniciado alguna acción legal en algún órgano internacional o regional de derechos humanos? ¿Cuál es el estado en el que se encuentra?
- Fuente: nombre y dirección completa de la organización o individuos que envían la información. Estos detalles son esenciales en el caso de que el Relator Especial necesite clarificación o información adicional sobre el caso. Esta información siempre se mantiene confidencial.

Información de contacto

La información dirigida al Relator Especial debe ser enviada por correo, fax o correo electrónico a:

Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas/Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

1211 Geneva 10, Suiza
Correo-e: indigenous@ohchr.org
Fax: +41 22 917 92 32

Actividad 2:

- 1) Defina un caso susceptible de realizar consulta previa a una comunidad indígena y fundamente por qué.
- 2) Identifique los actores involucrados.
- 3) Identifique los derechos afectados.
- 4) Señale las etapas que para Ud. debiera tener el proceso de consulta previa.
- 5) Enumere distintos estándares en torno a la consulta previa adaptados al caso particular.

Actividad 3:

Analice la siguiente noticia desde una perspectiva de derecho a la consulta
“Logramos detener el recorrido del Dakar”

Las comunidades del departamento Cochinoca, provincia de Jujuy, se manifestaron contra el paso del Rally Dakar por el territorio de Rumi Cruz sin la debida consulta. La Infantería de la Policía Provincial, reprimió y detuvo a 10 personas, entre ellos dos comunicadores indígenas, el intendente del municipio

pio de El Aguilar y un sacerdote. “Al final el Dakar no pasó por la comunidad de Rumi Cruz y tuvo que cambiar su ruta, eso para nosotros es muy positivo y nos deja una enseñanza: cuando se está unido y convencido, se puede luchar contra estos monstruos”, expresó en declaraciones al programa Kay Pacha el periodista kolla Sergio González de FM Luna Azul de Humahuaca.⁽²⁾

(2) Programa Kay Pacha/SERPA. (16 de enero de 2014). Logramos detener el recorrido del Dakar. Argentina Idymedia. Recuperado de <http://argentina.indymedia.org/news/2014/01/853658.php>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Altabe, R., Braunstein, J. y González, J. A.** (1996). Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional. *ED*, pp. 164-1200.
- Alterini, J. H., Corna, P. M. & Vázquez, G.** (2005). *Propiedad Indígena*. Buenos Aires: Educa.
- Rozembert, A., Martínez, J. C., Padilla, G. Regalado, J. & Valiente, A.** (2012). *Elementos y Técnicas de Pluralismo Jurídico. Manual para operadores de justicia*. México: Fundación Konrad Adenauer.
- Barberi, P. et. al.** (2011). Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Recuperado de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/014%20Acceso%20a%20la%20justicia%20Indigenas.pdf>
- Bazán, V.** (2003). *De “indios” a “pueblos indígenas”; de la “asimilación” al “pluralismo cultural” en Constitución de la Nación Argentina*. Santa Fe: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Benedetti, M. Á.** (2011). Algo más que reubicar y reescribir un inciso en la Constitución. En R. Gargarella (Coord.). *Constitución 2020: 48 propuestas para una Constitución igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Berraondo López, M.** (2004). Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin. En M. Menéndez et al, *Avances en la Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Madrid: Dykinson.
- Bidart Campos, G.** (2001). La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿qué nos aporta la ciencia política para el derecho constitucional? *La Ley*, 2001-C, p. 1417.
- (2000). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (t. I). Buenos Aires: Ediar.
- (1996). Los derechos de los pueblos indígenas argentinos. *LL*, 1996-B, p. 1205 y ss.

- (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (t. VI). Buenos Aires: Ediar.
- Binder, A. M.** (1993). Proceso Penal y Diversidad Cultural. El caso de las comunidades indígenas en Justicia Penal y Sociedad. *Revista Guatimalteca de Ciencias Penales*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.
- Colautti, C. E.** (1999). *Derechos Humanos Constitucionales*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya Oxalajuj Ajpop** (2003). *Del Monismo al Pluralismo Jurídico en Guatemala*. Guatemala: Oxalajuj Ajpop.
- De Sousa Santos, B.** (s/f). Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos.
- (2012). Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. De Sousa Santos y J. L. Exeni Rodriguez, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg.
- Díaz-Polanco, H.** (2006). *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*. México: Siglo XXI Editores, pp. 132 y ss.
- Eberhard, C.** (2002). Derechos humanos y diálogo intercultural. En M. Calvo García (Ed.) *Identidades culturales y derechos humanos*. Madrid: Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- ENDEPA.** (2014). *Pueblos originarios. Guía para un tratamiento mediático responsable*. Recuperado de <http://argentina.indymedia.org/uploads/2017/08/guia-para-un-tratamiento-responsable.compressed.pdf>
- Falaschi, C. O., Sánchez, F. M. & Szulc, A.** (2005). Políticas Indigenistas en Neuquén: Pasado y Presente. En C. Briones (Ed.). *Cartografías Argentinas*. Buenos Aires: Antropofagia.
- Ferrajoli, L.** (2007). Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofía Política*(30). UAM/UNED.
- Fornet-Betancourt, R.** (2001). Los derechos humanos ¿Fuente ética de crítica cultural y de diálogo entre las culturas. *Transformación intercultural de la filosofía*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Gallardo, H.** (2008). *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Francisco Gómez.
- Garzón Valdés, E.** (1993). El problema ético de las minorías étnicas. En León Olivé (Comp.) *Ética y Diversidad Cultural*. México: FCE.
- Gomiz, M. & Salgado, J. M.** (2010). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, su aplicación en el derecho indígena*. Neuquén: Editorial Neuquén.
- Gray, J.** (2001). *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Barcelona: Paidós.
- Gray, J.** (1991). *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Barcelona: Paidós.

- Grondin, J.** (1999). *Introducción a la Hermeneútica Filosófica*. Barcelona: Herder.
- Gros Espiell, H.** (1991). *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco SA.
- Grosfoguel, R.** (2007). Descolonizando los universalismos occidentales: el pluriversalismo transmorderno decolonial desde Aimé Cesaire hasta los zapatistas. En S. Castro-Gómez y R. Grosfoguel (Eds.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Herrera Flores, J.** (2008). *La reinvención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- Hualpa, E. R.** (2003). Sin Despojos. Derecho a la Participación Mapuche-Tehuelche. *Cuadernos de ENDEPA N° 4*. Resistencia.
- (2014). *Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas. Colección Derechos de los Pueblos Indígenas N° 1*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Kiper, C.** (2016). *Manual de Derechos Reales*. Santa Fe: Rubinzel Culzoni.
- Kymlicka, W.** (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Kouzes, J. M. & Posner, B. Z.** (1987). *The Leadership Challenge: How to Get Extraordinary Things Done in Organizations* (1^a ed.). San Francisco: Jossey-Bass.
- López, J. L.** (2005). *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Cochabamba: Centro de Culturas Originarias Kawsay.
- Levaggi, A.** (2004). *Manual de Historia del Derecho Argentino. Castellano - indiano/nacional*. Buenos Aires: Depalma.
- Levene, R.** (1956). *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires: Guillermo Kraft.
- López, M. J.** (1992). *Introducción a los estudios políticos* (vol. I). Buenos Aires: Depalma.
- Lorenzetti, R. L.** (2015). *Código Civil y Comercial comentado*. Santa Fe: Rubinzel Culzoni.
- (2016). *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Martínez De Bringas, A.** (2006). Los pueblos indígenas ante la construcción de los Procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad. En M. Berraondo (Coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Mignolo, W.** (2007). *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa.
- Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación.** (2010). *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires. Recuperado de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/014%20Acceso%20a%20la%20justicia%20Indigenas.pdf>
- Moreira, M. J.** (2009). *El Derecho de los Pueblos Originarios. Reflexión y Hermenéutica*. Posadas. Misiones: Santiago Álvarez.

- Pastor, S.** (s/f). *Cifrar y descifrar. Vol. II: Manual para generar, recopilar, difundir y homologar estadística e indicadores judiciales*. Centro de Justicia de las Américas (CEJA).
- Pinto, M.** (1997). El principio pro homine. Criterios de hermeneútica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú y C. Courtis (Comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Quiroga Lavié, H., Benedetti M. Á. & Cenicacelaya, M. de las N.** (2001). *Derecho Constitucional Argentino* (t. I). Santa Fe: Rubinzel Culzoni.
- Ramati, M. S.** (2017). *La construcción de los pueblos indígenas desde la Historia del Derecho. Aportes para pensar la reforma constitucional de 1994* (tesis de maestría). FLACSO.
- Ramírez, L., Solórzano, J. & Caxaj, M. E.** (2000). *Informe sobre Tribunales Comunitarios*. Guatemala: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.
- Ramírez, S.** (1999). Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario. *Pená y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales*. Buenos Aires: INECIP.
- (2003). *Derechos de los Pueblos indígenas y Reforma Procesal Penal. Casos de Chile y Guatemala*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Recuperado de www.ceja.org
- (2006). *La Guerra Silenciosa. Despojo y Resistencia de los Pueblos indígenas*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- (2012). Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En M. Alegre & R. Gargarella (Coords.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2012e). *La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal. Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*. Washington: DPLF.
- (2015). *Matriz Constitucional. Estado Intercultural y Derechos de los Pueblos Indígenas*. Colección Derechos de los Pueblos Indígenas N° 2. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Reyes, M.** (marzo-abril, 2010). Hanna Arendt y los Derechos Humanos. *Arbor. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 186(742).
- Sánchez Botero, E.** (2006). *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá: Gente Nueva.
- Sánchez Rubio, D.** (2000). Universalismo de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión. En J. Herrera Flores (Ed.) *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée De Brouwer.
- Sieder, R. & Flores, C.** (2012). *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala*. Guatemala: F/G.

- Souza Filho, C. F. M de.** (1998). *O renacer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Jurua.
- Vattimo, G.** (1986). *Introducción a Heidegger*. Barcelona: Gedisa.
- Wolkmer, A.** (2006). *Pluralismo Jurídico*. Sevilla: MAD.
- Yrigoyen Fajardo, R.** (1999). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). *Revista Pena y Estado: Justicia Penal y Comunidades indígenas* (4). Buenos Aires: del Puerto.
- Zorraquín Becú, R.** (1975). *Historia del Derecho Argentino* (t. I). Buenos Aires: Perrot.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte IDH

“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2001. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nld_Ficha=240 Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 29/03/2006, Serie C N° 146, párr. 131. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

“Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 17/06/2005. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

“Saramaka vs. Surinam” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2007. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

“Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/08/2010. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

“Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (Fondo y Reparaciones), 27/06/2012. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

CSJN

“Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oí c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, 11/07/2002, Fallos: 325:1744.

“Comunidad Indígena Hoktek T’Oí Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación”, 08/09/2003, Fallos: 326:3258.

“Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta. Recurso de Hecho”, 15/06/2004, Fallos: 327:2309.

“Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, 18/09/2007, Fallos: 330:4134.

“Fermín, Mauricio s/causa N° 2061”, 22/07/2008, Fallos: 331:1664).

“Recurso de Hecho Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta -Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo”, 30/09/2008, Fallos: 331:2119.

“Confederación Indígena del Neuquén c/Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, 10/12/2013, Fallos: 336:2271, Expte. C. 1324. XLVII.

“Pilquiman Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/acción de Amparo”, 07/12/2014.

“Martínez Pérez, José Luis c/Palma, Américo y otros y otro s/medida cautelar s/casación” (Comunidad Las Huaytekas”), 10/11/2015, Fallos: 338:1277.

“Confederación Indígena del Neuquén c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”, 10/12/2013.