

# Derechos de los Pueblos Indígenas en la Argentina

Una compilación



Secretaría de Derechos Humanos  
Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

**DERECHOS DE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS EN LA ARGENTINA**  
Una compilación

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación  
Derechos de los pueblos indígenas en la Argentina, una compilación ;  
compilado por Sebastián Demicheli Calcagno ; Viviana Canet ; Leticia  
Virosta. - 1a ed. . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos  
Humanos, 2015.

576 p. ; 21 x 15 cm. - (Documentos de consulta ; 3)

ISBN 978-987-1407-96-5

1. Pueblos Originarios. 2. Derechos Humanos. I. Demicheli Calcagno,  
Sebastián, comp. II. Canet, Viviana, comp. III. Virosta, Leticia, comp.  
CDD 323

1ª edición: septiembre de 2015

2.000 ejemplares

ISBN 978-987-1407-96-5

© Secretaría de Derechos Humanos

Esta compilación fue realizada por la Dirección de Apoyo a Actores Sociales para la Construcción Ciudadana de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad hace un reconocimiento al trabajo por la promoción de la normativa sobre derechos de los pueblos originarios, realizado por las licenciadas Alejandra Del Grosso, Ana González y Victoria Martínez, desde sus cargos de directoras en gestiones anteriores.

Edición, corrección, diseño y diagramación: Área de Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Impreso en Argentina

**DERECHOS DE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS EN LA ARGENTINA**  
Una compilación



PRESIDENTA DE LA NACIÓN  
DRA. CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS  
DR. JULIO ALAK

SECRETARIO DE DERECHOS HUMANOS  
DR. MARTÍN FRESNEDA

SUBSECRETARIO DE PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
SR. CARLOS PISONI

SUBSECRETARIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
DR. LUIS HIPÓLITO ALÉN

DIRECTORA NACIONAL DE ATENCIÓN  
A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD  
LIC. MARÍA SOLEDAD PAVESI

DIRECTOR DE APOYO A ACTORES SOCIALES  
PARA LA CONSTRUCCIÓN CIUDADANA  
DR. SEBASTIÁN DEMICHELI CALCAGNO



## PRESENTACIÓN

En la constitución del Estado argentino, desde sus orígenes, la fuerza del sistema jurídico funcionó como herramienta homogeneizadora para la concreción de los objetivos de los sectores dominantes y operó como disciplinadora para la instauración del pensamiento liberal hegemónico. Desde 1853, tuvo lugar la construcción de un sistema jurídico nacional, que se consolida en 1860 con la incorporación de Buenos Aires al Estado nacional que impone –previa “pacificación del país”– el proyecto político de las oligarquías agroexportadoras porteñas y provincianas frente al proyecto político nacional, del que los pueblos indígenas formaban parte. En consonancia, la Constitución de 1853 establecía: “Corresponde al Congreso: Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Este es el proyecto político que la Argentina transitó durante casi 150 años con un marco jurídico fundamentado en el paradigma de “civilización o barbarie”, que tenía como fin consolidar el avance del territorio nacional sobre el despojo de las tierras en las que vivían los pueblos indígenas como condición necesaria para la expansión del modelo productivo agroexportador con concentración de la propiedad de las tierras en un reducido número de familias. Modelo que se institucionaliza tempranamente en el Código Civil de Vélez Sarsfield (1869), que refleja la organización monocultural del país, de la que los pueblos indígenas –así como otros sectores del pueblo– no son parte constitutiva.

En este largo período, solo excepcionalmente –durante los dos primeros gobiernos peronistas– la “cuestión indígena” es considerada parte del proyecto político del país, como lo reflejan, entre otras políticas, la Constitución Nacional sancionada por la Convención Nacional Constituyente de 1949, que elimina toda alusión a los indígenas y los sitúa como ciudadanos, y los dos Planes Quinquenales. El proceso queda



trunco por el gobierno de facto de la autodenominada “Revolución Libertadora” que, entre otras medidas, en 1956 deroga la Constitución de 1949 con un bando militar.

En 1994, la reforma de la Constitución Nacional plasma un cambio en la mirada del Estado argentino, cuando suprime el texto citado anteriormente y establece: “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 comunitaria 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” (artículo 75, inciso 17).

En esos años, también se sumaron avances normativos con las reformas de las constituciones y leyes provinciales y la aprobación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por la ley 24.071 y su posterior ratificación (2000).

Pero la reforma constitucional operó en un marco político de desmantelamiento del Estado, acorde con las políticas neoliberales, en el cual las veinticuatro jurisdicciones no contaban con un proyecto federal que las contuviera. Este contexto debilitó la soberanía del Estado nacional ya que reconoció a las provincias el dominio originario de sus recursos naturales sin la necesaria articulación de políticas ni instituciones.

Desde el año 2003, el proyecto político nacional considera que los derechos humanos son el fundamento del Estado de derecho, por entender que dan contenido ético a las acciones de gobierno y están indisolublemente unidos a la consolidación de la democracia. En este sentido, la construcción y ampliación de ciudadanía se desarrolla en forma conjunta con la reconstrucción del Estado. En este marco, los derechos humanos constituyen la matriz filosófica y política del Estado de derecho democrático, nacional y popular con fundamento en el derecho a la igualdad y en políticas de redistribución e inclusión. La igualdad implica el respeto por la diferencia y la visibilización de los sectores históricamente invisibilizados como actores políticos, sociales, culturales y económicos, como son, entre otros, los pueblos originarios.

En nuestro país se autorreconocen 32 pueblos indígenas preexistentes a la Nación, que hablan 13 lenguas originarias, organizados en más de 1600 comunidades, la mayoría rurales, y en organizaciones territoriales y sectoriales. Habitan en todas las provincias, en tierras comunitarias cuya

extensión se desconoce aún, de las cuales ya se han relevado, por la ley 26.160, 578 comunidades en 20 provincias, con una superficie de 5.235.000 hectáreas (INAI, agosto de 2014), y se han identificado y/o escriturado más de 5.000.000 hectáreas por otras leyes nacionales y provinciales.

Los pueblos indígenas, como parte constitutiva del pueblo argentino, han luchado por la ampliación y efectivización de derechos, la participación con identidad y la organización territorial. Estas reivindicaciones visibilizan y fortalecen la identidad intercultural de nuestra Patria.

Solo por nombrar parte de la normativa nacional que da cuenta del proceso de cambio en el ordenamiento jurídico nacional en cuanto al reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, podemos enunciar la conformación del Consejo de Participación Indígena (2004) con la representación nacional de todos los pueblos que habitan en nuestro país, elegidos por sus propias comunidades según sus propias pautas culturales. Desde esta representación se han acompañado la sanción, entre otras, de la ley 26.160 que suspende los desalojos y ordena relevar las tierras de ocupación actual, tradicional y pública de las comunidades indígenas, vigente hasta el 27 de noviembre del año 2017; la Ley N° 26.206 de Educación Nacional, que instituye como una modalidad del sistema educativo la educación bilingüe e intercultural y promueve la valoración de la multiculturalidad en la formación de las y los educandos; la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, que reconoce a los pueblos originarios la comunicación con identidad, con reserva de frecuencia de radio y televisión en las localidades donde cada pueblo está asentado y la participación en el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual.

Finalmente, la incorporación en el Código Civil de la Nación (ley 26.994) del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano (artículo 18) atento a la mirada pluralista e intercultural que el ordenamiento tiene entre sus principios rectores. El Congreso Nacional, recibiendo las demandas de los pueblos indígenas presentadas a la Comisión Bicameral Especial, ha dejado para el dictado de una ley especial la consideración de su naturaleza, características e instrumentación.

Esta compilación constituye una herramienta dentro de la Campaña Nacional de difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ejecución de la ley 25.607, y se propone dar cuenta de los avances normativos en los derechos de los pueblos indígenas hasta el presente, sin desconocer

que son muchas las tensiones propias de la ampliación de ciudadanía y de las asimetrías estructurales, en un Estado en disputa, aún pendientes de resolver.

Consideramos que es un aporte a la visualización de los logros alcanzados y esperamos que sirva de herramienta para seguir elevando el piso de reconocimiento y efectivización de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

**Dr. Martín Fresneda**  
Secretario de Derechos Humanos  
Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos de la Nación

**Dr. Daniel Fernández**  
Presidente  
Instituto Nacional  
de Asuntos Indígenas

## INTRODUCCIÓN

En la Argentina viven más de treinta pueblos indígenas<sup>1</sup>, que hablan trece lenguas<sup>2</sup> y representan el 2,4% de la población total del país<sup>3</sup>, de la cual el 18% habita en ámbitos rurales organizados en más de 1600 comunidades, en una extensión de tierras cuyo número aún se desconoce y que se estima en más de 14.000.000 de hectáreas. A pesar de la riqueza que guardan sus tierras y territorios y de las políticas inclusivas desarrolladas en la última década que han impactado favorablemente sobre los pueblos indígenas y sus comunidades, los resultados de estas políticas para la población rural son más moderados, aunque significativos en términos de la recuperación de la presencia del Estado en el territorio.

---

1. El Censo Nacional de Población, Vivienda y Hogares 2010 registraba, entre los principales, los siguientes pueblos: Atacama, Ava guaraní o Guaraní, Aymara, Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Comechingón, Diaguita/diaguita calchaquí, Huarpe, logys, Kolla, Lule, Mapuche, Mbyá, Mocoví, Nivaclé, Ocloya, Omaguaca, Selk'nam u Ona, Pampa, Pilagá, Quechua, Querandí, Rankulche, Sanavirón, Tapiete, Tehuelche, Toba, Tonocoté, Tupí guaraní, Vilela y Wichí. El número de pueblos que registra el Censo varía con relación al que informa el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI); ello por cuanto el Censo 2010 relevó población y hogares en los que al menos una persona se autorreconoce como indígena o como descendiente de un pueblo indígena; en tanto que el INAI reconoce a los pueblos que tienen comunidades constituidas y/o registradas en los registros provinciales o en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, cuyo número en la actualidad asciende a 32.

En cuanto a la denominación, en Argentina y otros Estados latinoamericanos, los pueblos indígenas suelen denominarse "originarios" para subrayar su preexistencia a los Estados. Sin embargo, en el ámbito jurídico se utiliza el vocablo "indígenas". Ello, por cuanto en la Primera Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas (Canadá, 1975) se estableció que el término "indígena" fuera bandera de dignidad y para uso formal de leyes, tratados y relaciones con los Estados y los organismos internacionales, impulsando el derecho y la política de muchos pueblos; expresando con ese término devenido estratégico la ideología de sus sistemas comunitarios solidarios en el marco de las respectivas cosmovisiones de los pueblos (cf. Frites, Eulogio, *El derecho de los pueblos indígenas*. Buenos Aires, Inadi, 2011).

2. Estas lenguas son: quechua, aymara, wichí, chorote, nivaklé (o chulupí), qom (toba), mocoví y pilagá (guaycurú); tapiete (ava guaraní) y tupí guaraní; mbyá-guaraní, mapudungum (mapuche) y tehuelche; en situación de recuperación se encuentra el vilela.

3. Según el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010, 955.032 personas se autorreconocen como indígenas y habitan en 368.893 hogares; constituyen el 3% de los hogares. En algunas provincias, los pueblos indígenas representan un porcentaje más alto con relación a su población total: Chubut (8,7%), Neuquén (8%), Jujuy (7,9%), Río Negro (7,2%), Salta (6,6%) y Formosa (6,1%).

El importante marco normativo federal con que cuenta nuestro país requiere seguir avanzando en la construcción de políticas públicas que promuevan el diálogo frente a los reclamos y movilizaciones de los pueblos originarios. Ello permitirá convertir en letra viva los preceptos constitucionales rompiendo con la mirada monocultural que encubrió durante años la pluralidad de los pueblos y culturas que componen la población argentina y así avanzar hacia la consolidación de una nación intercultural<sup>4</sup>.

Esta publicación quiere ser un aporte a la construcción de una política de Estado junto con los pueblos indígenas. Los principales avances normativos referidos al derecho a la personería jurídica, las tierras, territorios y recursos y la participación en los asuntos que afectan los intereses de los pueblos originarios pretenden reflejarse en esta compilación.

### **El marco jurídico federal de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Estado argentino: integración y jerarquía**

El marco jurídico federal que garantiza los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Estado argentino<sup>5</sup> se integra jerárquicamente con las siguientes normas:

- El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y normas conexas;
- Las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 75 inc. 22);
- Otros convenios internacionales debidamente ratificados, con valencia infraconstitucional pero supralegal (art. 75 inc. 22); en particular, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ley 24.071);
- Las leyes nacionales específicas, en primer lugar, la Ley N° 23.302

4. Cf. Duhalde, Eduardo Luis, "Jornada y Seminario Regional de Políticas Públicas Interculturales" en Duhalde, Eduardo Luis, *Cuadernos de la militancia. Aportes para la construcción de una democracia avanzada*. Buenos Aires, Punto Crítico, 2012.

5. Cf. Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: "Marco constitucional federal del derecho de los pueblos indígenas en el Estado Argentino", entregado a los convencionales constituyentes con ocasión de la reforma constitucional en la provincia de Tucumán (marzo 2006); Contestación de oficio, entre otros, al juez de todos los fueros de la IVª Circunscripción Judicial de la provincia del Neuquén en los autos "Antríao, Ernesto - Muñoz, Víctor Hugo s/turbación de la posesión - Cossy, Diego Gastón s/Usurpación (Expte. N° 89/2008) en respuesta al Oficio N° 3907/2009".

sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en cuanto no se oponga a los derechos establecidos en las normas antes citadas, y la ley 26.160 de emergencia de la propiedad comunitaria indígena, prorrogada hasta noviembre de 2017; y

-Las constituciones y leyes provinciales.

El texto de la constitución formal y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional son la cúspide del sistema jurídico argentino y no hay entre ellos planos subordinados sino que comparten igual jerarquía<sup>6</sup>. Ello, por cuanto la reforma constitucional ha reconocido la prevalencia de los tratados y concordatos sobre las leyes (art. 75 inc. 22), estableciendo, además, una excepción a favor de algunos tratados y declaraciones sobre derechos humanos que enumera taxativamente –y otros que pueden devenir tales en virtud de una ley especial– a los que otorga jerarquía constitucional y constituyen el derecho internacional de los derechos humanos.

De esta forma, el constituyente dio respuesta –ya diseñada por la doctrina y la jurisprudencia– a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno al depararle valencia supralegal.

Luego, todas las convenciones y tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la ley, entre ellos, el Convenio N° 169 OIT que es el instrumento vinculante más avanzado, por cuanto deja atrás la concepción integracionista reflejada en el Convenio N° 107 OIT, para establecer una política que respeta el derecho a la igualdad en condiciones de pluralidad. En efecto, reconoce como titulares de los derechos a los pueblos indígenas y no a las poblaciones, cuya pertenencia se establece por un criterio de adscripción subjetiva colectiva. Y, sobre este sujeto colectivo, establece un plexo de derechos colectivos que tienen como eje el derecho a la autonomía, entre los que se cuenta, como veremos, el derecho a las tierras, a los territorios y a sus recursos, el derecho a la organización con instituciones propias, el derecho a fijar las prioridades para el desarrollo autónomo y el derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que afectan sus intereses. El principio interpretativo que rige el Convenio es el derecho a la integridad cultural de los pueblos, que se manifiesta en el respeto por la integridad de sus valores, sus prácticas y sus instituciones (art. 5).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 septiembre de 2007, suscripta por nuestro país, constituye un marco de referencia para el logro progresivo de las finalidades en ella expresadas, por cuanto

6. Cf. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, ed. ampl. y act. a 1999-2000, T. I-A. Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 413.

están estrechamente vinculadas a la evolución y concreción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos colectivos, aunque aún no tiene efecto vinculante.

El carácter federal del ordenamiento jurídico y la concurrencia de las provincias

En cuanto a la relación del marco constitucional federal con el derecho público provincial, cabe destacar que, si bien el artículo 31 de la Constitución Nacional no ha sido modificado en la reforma constitucional de 1994, sí ha recibido una importante aclaración complementaria en la primera parte del artículo 75 inc. 22, en el sentido de la necesaria coordinación con los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

En consecuencia, la concurrencia de las provincias en el dictado de la legislación prevista en el artículo 75 inciso 17 *in fine* se entiende en el sentido que las provincias pueden concurrir en el desarrollo jurídico del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, siempre sobre el reconocimiento del núcleo mínimo de derechos que establece el marco federal. Por tanto, la constitución federal es el piso mínimo de derechos que se deben reconocer a los pueblos y comunidades indígenas, y las cartas constitucionales provinciales ni las leyes provinciales pueden desconocer el marco constitucional federal, ni sustraer los derechos en él reconocidos.

En igual sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>7</sup> sobre los alcances del artículo 75 inciso 17 *in fine*, cuando afirma: "...tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativo federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino."

En nuestro país, en la década de los 80 del siglo XX, y con anterioridad a la sanción del Convenio N° 169 OIT, las provincias con mayoría de

---

7. "Confederación Mapuche Neuquina c/Provincia del Neuquén s/recurso extraordinario", sentencia definitiva, 12 de diciembre de 2013.

población indígena y luego la Nación (ley 23.302) sancionaron legislación y desarrollaron políticas con fundamento en el Convenio N° 107 OIT, que resuelve las instituciones indígenas bajo principios del derecho civil, ajenos a los valores y modalidades de las comunidades.

Por ello, con relación al registro de la personería jurídica de las comunidades, a la instrumentación de la propiedad comunitaria de las tierras y a la institucionalización de los órganos de participación –por nombrar los temas más relevantes– resta aún una tarea de algunas provincias para adecuar las normativas y su aplicación al marco constitucional federal.

#### La fuerza normativa de la Constitución: el carácter operativo

Si bien el artículo 75, inciso 17 no ha tenido aún desarrollo legislativo, la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de otros altos tribunales y de los constitucionalistas es mayoritaria en pro de su *operatividad*<sup>8</sup>. Ello por cuanto el verbo “reconocer”, en el enunciado de la cláusula constitucional, implica la aceptación de las formas de organización y los estilos de vida de los pueblos indígenas, es decir, la recepción del derecho consuetudinario propio del pueblo indígena del que se trate, sobre la base de la preexistencia de estos pueblos a la constitución del Estado, que constituye el fundamento socio-histórico-político del reconocimiento de ciertos derechos que de otro modo podrían considerarse como *privilegios* con relación al resto de la población nacional.

Recordemos que el artículo se encuentra en la parte orgánica de la Constitución, debido a que la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma limitó su alcance a la parte orgánica de la Constitución, sin que se pudieran alterar contenidos de la parte dogmática. Por ello, el artículo 75, inciso 17, de indudable naturaleza dogmática, ha quedado subsumido entre las atribuciones del Poder Legislativo, ya que el reconocimiento está dado por el constituyente.

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

8. Cf. Bidart Campos, Germán, *Informe al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. Ambrosio I”. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 3 de octubre de 1996 (inédito).



## Los principales institutos de los derechos de los pueblos indígenas

Por todo lo dicho, es posible hoy sistematizar un conjunto de institutos jurídicos de necesaria aplicación a la hora de reconocer los derechos humanos de los pueblos indígenas como son: 1) la personería jurídica de las comunidades y sus organizaciones territoriales; 2) la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, territorios y recursos y 3) el derecho a la consulta y la participación en los asuntos que afecten sus intereses.

### La personería jurídica de las comunidades y sus organizaciones territoriales

En orden a las necesidades inmediatas de las comunidades, la cuestión de la personería jurídica es la primera, porque se vincula a la instrumentación del reconocimiento constitucional de las tierras que tradicionalmente ocupan y al ejercicio del derecho a la consulta y la participación. Si bien para el reconocimiento de la posesión comunitaria –ley 26.160– y para la participación y representación en el ámbito del Consejo de Participación Indígena y otros órganos similares de las provincias, la personería no es un requisito obligatorio. En igual sentido, la doctrina y la jurisprudencia vienen señalando que se trata de un derecho de las comunidades y no de una obligación<sup>9</sup>.

El constituyente ha reconocido a las comunidades indígenas su personería jurídica bajo sus actuales formas de organización y de gobierno, con independencia de su inscripción en un registro. Por consiguiente, la personería jurídica no es creada –otorgada– por el Estado al momento de la inscripción, sino tan solo registrada, es decir, *reconocida*. Por ello, el registro de la personería jurídica de las comunidades tiene efecto *declarativo* y no constitutivo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>10</sup> ha afirmado: “(...) es irrelevante que la comunidad todavía no haya

9. Cf. Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala Primera, “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochino c/Provincia de Jujuy”, sentencia del 14 de septiembre de 2001; Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5 de la IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/desalojo”, 12 de agosto de 2004; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la IVª Circunscripción Judicial, “Comunidad Mapuche Paichil Antreao y otro c/ Provincia del Neuquén s/acción de amparo”, 10 de diciembre de 2004; Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, “Comunidad Aborigen Laguna del Tesorero – Pueblo Ocloya c/César Eduardo Cosentini s/recurso de inconstitucionalidad”, 27 de diciembre de 2005; Juzgado Civil y Comercial N° 6 de la Iª Circunscripción, “Consejo Qompi-Laqtaxac Nam Qompi c/Provincia del Chaco s/amparo”, 21 de abril de 2006 y Juzgado en lo Civil, en Documentos y Locaciones (Centro Judicial Capital), “De Zavalía Aguilar, Federico Ernesto c/Comunidad Amaicha del Valle s/cumplimiento de contrato – incidente de levantamiento de embargo promovido por la Comunidad Amaicha del Valle”, 29 de mayo de 2006.

10. En este punto, la Corte se aparta de la doctrina sentada en los autos “Guari, Lorenzo y otros c/Provincia de Jujuy s/reivindicación de tierras en las comunidades indígenas”, 9 de septiembre de 1929.

concluido el trámite administrativo para obtener la personería jurídica, porque esta no es una condición para ejercer el derecho reconocido sobre las tierras. Al contrario, el reconocimiento de la personería jurídica es otro derecho garantizado, en vez de una obligación, rigiendo en nuestro derecho el criterio amplio del art. 1 del Convenio N° 169/1989 de la OIT Ley 24.071<sup>11</sup>.

Sin embargo, en la práctica, el contar con un número de registro de la personería jurídica ayuda a la realización de las gestiones que la vida diaria les demanda y en el orden judicial, si bien no es un requisito para la legitimación procesal, la facilita. No es, por tanto, una cuestión abstracta. Además, antes de la reforma constitucional, por necesidades de naturaleza inmediata, las comunidades adoptaron formas asociativas ajenas a su cultura con la finalidad de obtener la personería requerida para cumplir con las exigencias administrativas y jurídicas de un acto relevante en la existencia colectiva.

En la actualidad, coexisten en nuestro país dos sistemas de registro de la personería jurídica de las comunidades: el sistema nacional y los sistemas provinciales, regidos por las correspondientes leyes.

El sistema nacional se integra con el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Renaci), a cargo del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) –creado por la ley 23.302–; las instituciones competentes provinciales han firmado convenios con el INAI y rigen sus actuaciones por la resolución de la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación N° 4811/1996.

La resolución modificó sustancialmente el tratamiento jurídico del tema, por cuanto, con fundamento en el carácter operativo del reconocimiento constitucional de la personería jurídica de las comunidades indígenas, estableció como criterio fundamental para determinar cómo se visibiliza y constituye una comunidad indígena el autorreconocimiento o autoadscripción colectiva (Convenio N° 169 OIT, art. 1.2). Este concepto rector del derecho de los pueblos indígenas implica que solo las comunidades tienen el derecho a constituirse como tales y de aceptar en su seno como miembros a quienes así se autoidentifican. Luego, se establece como criterio el respeto por aquellas pautas de orden histórico, cultural y asociativo que las mismas comunidades entiendan que son las que mejor procuran la defensa de todos aquellos intereses que los afectan.

Dado que el registro es un acto meramente declarativo y los requisitos tienen carácter enunciativo, una vez registrada una comunidad, no se

11. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la IVª Circunscripción Judicial, “Comunidad Mapuche Paichil Antreao y otro c/Provincia del Neuquén s/acción de amparo”, 2004, cit.

requiere la presentación de ninguna otra documentación que actualice los datos, salvo que así lo prevea el mismo estatuto de la comunidad.

En orden a la concurrencia de las provincias, la resolución SDS N° 4811/1996 propone un federalismo concertado, a fin de que se celebren acuerdos entre el INAI y los gobiernos provinciales tendientes a homogeneizar criterios para la inscripción, el reconocimiento y la adecuación de las personerías jurídicas oportunamente otorgadas a las comunidades indígenas en jurisdicción nacional o provincial, cuando las formas asociativas adoptadas por ellas resulten ajenas a su organización real y ellas así lo soliciten.

El INAI ha firmado convenios con las provincias de Jujuy, Río Negro, Salta, Neuquén y Buenos Aires. A mayo de 2015, son más de setecientas las comunidades que tienen registrada su personería jurídica de acuerdo a su forma tradicional de organización, en el sistema nacional o en los registros correspondientes de las provincias de Jujuy, Río Negro y Salta en el marco de los referidos convenios.

Como se dijo, en razón de la prelación de los procesos provinciales a la reforma constitucional así como por la concurrencia prevista en el artículo 75, inciso 17 *in fine*, algunas provincias han establecido normativas y creado registros para la personería jurídica de las comunidades.

En las provincias del Chubut, Misiones y Santa Fe, las leyes provinciales correspondientes –Ley I-N° 171 (ex Ley N° 4013), Ley 2727 y decreto provincial 1175/2009, respectivamente– organizan el registro de personería jurídica de las comunidades indígenas con respeto de sus formas tradicionales de organización, sin establecer ninguna sujeción a las normas asociativas vigentes. Actualmente, son cerca de 170 las comunidades indígenas inscriptas en los registros de las provincias mencionadas.

Por otra parte, las provincias del Chaco y Formosa, si bien reconocen el derecho de las comunidades a sus formas tradicionales de organización, a la hora de la inscripción remiten a las leyes vigentes sobre formas asociativas, sujetando la vida comunitaria a formalidades de documentación y representación (asamblea y balance anuales) costosas y ajenas a la forma de vida de las comunidades; por ello, son muchas las comunidades que no pueden hacer uso de ella, por no tener actualizado el cumplimiento de los requerimientos formales. Además, la renovación de autoridades exigida por el estatuto constitutivo en virtud del sistema representativo se presta a conflictos al interior de la comunidad, manejos clientelares y rupturas internas, ya que no responde a la forma organizativa tradicional. En la actualidad, son más de 180 las comunidades que habitan en esas provincias y que cuentan aún con esta personería.

En el caso de la provincia del Neuquén, se ha firmado un convenio con el INAI a fin de avanzar en la adecuación de las personerías al marco constitucional vigente, habida cuenta de que el gobierno provincial registró con anterioridad a algo más de treinta comunidades indígenas del pueblo mapuche bajo la figura jurídica de agrupaciones regidas por el Código Civil, con anterioridad a la reforma de 2014.

### El registro de las organizaciones territoriales indígenas

Ahora bien, un importante número de comunidades indígenas de un mismo pueblo que habita en una misma provincia se encuentran organizadas y se van institucionalizando según la forma asociativa que consideran que mejor protege su cultura y su forma de vida, como la Federación de Comunidades del Pueblo Pilagá en Formosa, la Unión de Pueblos de la Nación Diaguíta en Tucumán, el Parlamento Mapuche en Río Negro, la Confederación Mapuche en Neuquén y el Consejo de la Nación Tonokoté Llutqui en Santiago del Estero. Asimismo, en estos últimos años, se desarrolla un proceso organizativo nacional que se plasma en el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (Enotpo)<sup>12</sup>. Se trata de procesos ligados al fortalecimiento de las formas de organización de los pueblos y comunidades en orden a concretar un proyecto que garantice la consolidación de espacios de reproducción social y política.

Por ello, el INAI, en cumplimiento "...del mandato constitucional que implica el reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas debe registrar la forma de organización y gobierno así como los estilos de vida de estos pueblos, manifestado a través de sus comunidades, recepcionando su derecho consuetudinario"<sup>13</sup>, ha creado el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas (Renopi). El registro prevé la inscripción de organizaciones que las comunidades se van dando por pueblos en las distintas provincias, así como uniones que estos pueblos van construyendo más allá de las jurisdicciones provinciales a nivel regional y nacional.

12. El Enotpo es un espacio de articulación política de organizaciones territoriales de los pueblos originarios en la Argentina, constituido en marzo de 2009, cuya política se propone en el documento denominado *Propuestas y conclusiones Encuentro Nacional de Organizaciones de Pueblos Originarios por un Estado intercultural hacia el Bicentenario*. El Encuentro, entre otras acciones, ha tenido una actuación protagónica en la propuesta de "Comunicación con Identidad" asumida en la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. También propone representantes en distintas instancias de consulta y participación como las que crea el decreto 700/2010 (Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena), la resolución INAI 249/2010 (Comisión de Análisis e Instrumentación del Derecho a la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas) y el decreto 702/2010 (creación de la Dirección de Afirmación de los Derechos Indígenas). También ha presentado un *Protocolo de consulta libre, previa e informada para los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires, 2014.

13. Resolución INAI 328/2010.

Entre las organizaciones que se ha inscripto se cuentan la Federación Pilagá (2011), que nuclea a diecinueve de las veinte comunidades del pueblo pilagá que habita en la provincia de Formosa; la Unión de Comunidades del Pueblo Diaguíta Cacano (2011) que nuclea a seis comunidades de ese pueblo que habita en la provincia de Santiago del Estero; la Unión de Pueblos de la Nación Diaguíta en Tucumán, que reúne a trece comunidades del pueblo diaguíta que habita en la provincia (2012) y el Consejo de Delegados de Comunidades Aborígenes del Pueblo Ocloya, que agrupa cinco comunidades de ese pueblo en la provincia de Jujuy (2013).

También, la provincia del Chaco, mediante resolución 277/07 del 28 de agosto de 2007, del organismo competente –el Instituto del Aborigen Chaqueño–, ha creado el Registro de Comunidades y Organizaciones de los Pueblos Tobas, Mocoví y Wichí de la provincia del Chaco, conforme a lo ordenado por la constitución provincial (artículo 37, apartado 4) y la ley provincial 4804, que reconoce a las comunidades y organizaciones como personas jurídicas de derecho público (artículo 2).

La jurisprudencia se ha pronunciado en este tema. Así, el Supremo Tribunal de Justicia de Río Negro ha reconocido la legitimación activa del pueblo mapuche que habita en esa provincia así como el carácter declarativo de cualquier registro que se cree, al establecer que: “no es necesario que exista ninguna norma que regule expresamente o reglamente el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, pues al reconocer la preexistencia étnica y cultural, ha asegurado expresamente su legitimación para obrar en cualquier causa con su aporte en el derecho consuetudinario”<sup>14</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiterados fallos, ha afirmado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer. Por ello, los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por los titulares. En particular, el reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo como conjunto ayuda al ejercicio del derecho a la tierra al permitir que las comunidades puedan ejercer sus derechos a través de verdaderos representantes elegidos conforme a sus propias tradiciones<sup>15</sup>.

---

14. En auto interlocutorio N° 216 en los autos “CO.D.E.C.I. de la provincia de Río Negro s/acción de amparo”, 3 de noviembre de 2004; cf. “Consejo Qompi-Laqtaxac Nam Qompi c/Provincia del Chaco s/ amparo”, 2006, cit.

15. Cf. Caso de Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C 172, párr. 168, 169, 170, 174; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

La posesión y propiedad comunitaria de las tierras, territorios y recursos

Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y los recursos existentes derivan de la ocupación y el uso tradicional, y de sus normas y costumbres sobre la propiedad y el uso de la tierra y los recursos, como lo ha reconocido el constituyente. En efecto, el artículo 75 inc. 17 “reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. El Convenio N° 169 OIT (artículos 13 a 19), así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 10 y 25 a 32) desarrollan la naturaleza y alcance de estos derechos.

El reconocimiento constitucional tiene como uno de sus fundamentos la reparación histórica. “La Constitución Nacional de 1994 ha dispuesto justamente una reparación histórica dando por cierto que continuaron la posesión comunitariamente [...] Implica reparar la ‘reducción de tribus indígenas’ que tuvo lugar a partir de la ley nacional de inmigración y colonización 817, la ley nacional de tierras 4167 y normas consecuentes, como el decreto-ley 9.658/45, que procuraban ‘incorporar al aborígen a la vida civilizada’ y colonizar sus tierras con inmigrantes, en vez de respetar su identidad y territorio”<sup>16</sup>.

El reconocimiento implica también resguardar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esta relación” (Convenio N° 169 OIT, artículo 13.1). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una interpretación amplia unió el derecho de propiedad al derecho a la identidad y la cultura, reconociendo la importancia que reviste para los pueblos indígenas su relación con la tierra<sup>17</sup>.

Cabe señalar que cuando se emplea el “término *tierras* se deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Convenio N° 169 OIT, artículo 13.1). El territorio es el espacio que los pueblos indígenas comparten con los demás seres vivos en una relación directa como garantía de autosostenibilidad mutua, de libertad incondicional para la manifestación de sus espiritualidades y culturas. Es el espacio vital del desarrollo y del ejercicio de sus derechos colectivos,

16. “Sede, Alfredo y otros c/Vila, Herminia y otros s/desalojo”, 2004, cit.

17. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) de Awás Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 149.

sus autonomías y actividades para procurar libremente su sostenibilidad económica, social, cultural y política.

La ocupación tradicional: indisponibilidad e imposibilidad de desalojos

El hecho que le da fundamento al derecho a la propiedad comunitaria es la ocupación tradicional según lo prescriben la Constitución Nacional y el Convenio N° 169 OIT (artículo 14). La palabra tradicional no se debe interpretar necesariamente como ancestral "...sino donde [el pueblo indígena] tiene o viene desarrollándose su cultura en sentido dinámico histórico actual y regular"<sup>18</sup>. Por cuanto, como afirma el Comité de Expertos de la OIT, la ocupación tradicional "cubre a las tierras cuyo uso ha devenido parte del modo de vida de los pueblos indígenas. El derecho se debe reconocer aun cuando no se ejerza en los modos previstos en la legislación común sino de conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas"<sup>19</sup>.

En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy, en virtud del principio *iura curia novit*, se ha apartado de la demanda de prescripción planteada por la comunidad del pueblo ocloya Laguna del Tesorero, por cuanto en el marco del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional el instituto de la prescripción adquisitiva implica, ante todo, una evidente contradicción, pues el pueblo indígena no puede adquirir por usucapión lo que ya le pertenece de manera originaria. Y, por ello, revocó la sentencia de Cámara reconociendo el derecho de las comunidades indígenas a la posesión y a la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan con fundamento en el reconocimiento constitucional y su operatividad. El Superior Tribunal de la provincia ha afirmado que aún en el supuesto de que existieran documentos en los que algunos miembros de la Comunidad hubieran reconocido derechos a terceros, "cabría aplicar al supuesto lo normado por el artículo 17 apartado 3 del Convenio N° 169 de la OIT que establece que 'deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos, puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros, para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos'"<sup>20</sup>.

18. Juzgado Correccional de la IV Circunscripción de la Provincia del Neuquén, "Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal Linares s/usurpación", 30 de octubre de 2007.

19. Salgado, J., *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (comentado y anotado)*. Neuquén, Universidad Nacional del Comahue, 2006, pág. 153.

20. "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero – Pueblo Ocloya c/Cosentini, César Eduardo", 2005, cit.; cf. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería con competencia en familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén, "Comunidad Mapuche Huayquillan c/Bres

Por ello y, en consonancia con el valor que tiene la tierra para los pueblos indígenas, el constituyente declara su indisponibilidad. Esto significa que no son enajenables, ni transmisibles, ni se pueden gravar o embargar. Al decir de Bidart Campos, “lo que se impide y no se quiere es el desarraigo forzado de los hábitats tradicionales”<sup>21</sup>.

La consecuencia inescindible de la indisponibilidad de las tierras indígenas es la prohibición de cualquier medida que sea susceptible de originar el desalojo, la desocupación o la expulsión de personas o familias integrantes de aquellas comunidades, que habitan dichas tierras o realizan en ellas sus actividades. Luego, la forma que asume el reconocimiento constitucional garantiza que mientras exista la comunidad no pierda las tierras y territorios en los que habita.

“Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera [...] Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable”<sup>22</sup>.

La naturaleza jurídica que reviste la posesión y propiedad comunitaria indígena es un tema en debate en nuestro país. Su inclusión en el Código Civil y Comercial, en 2014, fue objetada por un sector de los representantes de los distintos pueblos indígenas y organizaciones que los acompañan. La ley 26.994 ha recepcionado estas observaciones al disponer como norma transitoria (artículo 9, Primera) que: “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”.

Las objeciones presentadas, si bien valoran como positiva la reforma del Código Civil, entienden, en general, que por la naturaleza de las cuestiones en debate debe ser materia de una ley especial que les dé a los institutos que rigen la vida de los pueblos y comunidades especificidad y regulación propia.

Las disidencias y aportes vienen de debates no saldados en la Convención Constituyente de Santa Fe en 1994 y remiten fundamentalmente al alcance del primer párrafo del artículo 75, inciso 17, que reconoce “la preexistencia de los pueblos indígenas

cia, Celso Armando y otro s/prescripción adquisitiva”, 18 de agosto de 2004 y Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5 de la IIIª. Circunscripción Judicial de Río Negro, “Oñate, Dolorindo y otro c/Rago, Pablo y otro s/interdicto de retener”, 4 de septiembre de 2000.

21. Bidart Campos, Germán: “Los derechos de los pueblos indígenas argentinos”. En: *La Ley*, 1996-B, pág. 1209.

22. “Sede, Alfredo y otros c/Vila, Herminia y otros s/desalojo”, 2004, cit.



argentinos". En otras palabras, la relación entre los pueblos indígenas y sus comunidades con el Estado.

### **La responsabilidad del Estado: la instrumentación de la propiedad comunitaria**

El Convenio N° 169 OIT establece la obligación de los Estados de realizar las medidas necesarias para "determinar" las tierras que los pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de estos derechos, instituyendo para ello procedimientos adecuados para la resolución de los conflictos (14.2 y 14.3). La obligación del Estado de demarcar, delimitar y titular los territorios comunitarios ha tenido principio de cumplimiento en Argentina en acciones realizadas por algunas provincias y por el gobierno nacional a través del INAI.

Entre las principales, se puede mencionar la instrumentación de la propiedad comunitaria en la provincia de Jujuy de un total de 1.251.498 hectáreas y una superficie de 482.423 hectáreas mensurada y georreferenciada para regularizar. Otros avances son la devolución del territorio comunitario de 140.000 hectáreas al pueblo qom, representado en la Asociación Comunitaria Meguesoxochi del Teuco Bermejito (1999); el reconocimiento de la propiedad comunitaria de 36.000 hectáreas a la comunidad del pueblo indígena selk'nam (ona), en virtud del decreto presidencial del 29 de julio de 1925, ratificado por ley provincial 405 de 1998; el registro de la propiedad comunitaria de 50.000 hectáreas de la comunidad indígena de Amaicha del Valle, en virtud de la Cédula Real de 1716; el reconocimiento de la propiedad comunitaria de la comunidad indígena del pueblo diaguita Los Morteritos-Las Cuevas (ley 5150 del 2005 y de la comunidad aborigen de Antofalla del pueblo kolla Atacameño (ley 5276 del 2009), con una superficie total relevada por la ley 26.160 de 790.012 hectáreas; los avances en la ejecución de la ley de expropiación 6920 a favor de las comunidades del pueblo huarpe milcallac que habitan en el departamento de General Lavalle, por una superficie de aproximadamente 700.000 hectáreas y el decreto provincial 1498/2014 que ordena la protocolización y la inscripción en la Dirección General de Inmueble de la provincia de Salta de una superficie de 400.000 hectáreas a nombre de las 71 comunidades de los pueblos wichí, chorote, chulupí, tapiete y toba que habitan en los lotes 55 y 14 (departamento Rivadavia).

En el ámbito de la Administración de Parques Nacionales (APN), se destaca el reconocimiento de la propiedad comunitaria a las comunidades Curruhuinca (ley nacional 23.750, de 1989) y Cayún (ley nacional 25.510, de 2001), ubicadas en el Parque Nacional Lanín y, en trámite para ello, a

la comunidad mapuche Lof Wiritray en Parque Nacional Nahuel Huapi y las políticas de comanejo entre la APN y las comunidades que habitan en ambos parques.

La obligación del Estado tiene sanción legislativa, por primera vez y con carácter de orden público, en la ley nacional 26.160 de emergencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena que, al tiempo que suspende los desalojos en las tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades indígenas por el plazo de cuatro años<sup>23</sup>, ordena al INAI que en el término de tres años realice un relevamiento técnico jurídico catastral de los territorios comunitarios que implica la demarcación de estos, tendientes a instrumentar el reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad comunitaria.

La política que instaura la ley nacional 26.160 está en consonancia con la jurisprudencia que a lo largo de estos años ha reafirmado la responsabilidad del Estado de realizar las acciones necesarias para garantizar la posesión de las tierras y los territorios que ocupan las comunidades. Ejemplo de esto es el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy que ordena al Estado provincial que registre la transferencia de las tierras en las que habitan las comunidades indígenas en los departamentos de Cochinoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Valle Grande y lotes 1 y 515 del departamento Santa Bárbara.

El artículo 2 de la ley nacional 26.160 establece: “Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1º.

El concepto de emergencia es una excepción en el estado de derecho. Por cuanto en los últimos años, y no obstante el reconocimiento constitucional así como la ratificación del Convenio N° 169 OIT, las comunidades han sufrido violentos desalojos sobre sus tierras.

La declaración de la emergencia ha impedido que se realizaran desalojos. No solo por la acción de la justicia sino, y principalmente, por el fortalecimiento de las comunidades y las organizaciones territoriales indígenas, la presencia institucional, la promoción de mesas de diálogo y otras estrategias de intervención, y la conformación de servicios jurídicos de las comunidades indígenas, muchos de ellos financiados por el INAI a través del Programa de Fortalecimiento Comunitario (Resolución INAI N° 235/2004).

La jurisprudencia de altos tribunales del país viene explicitando el particular contexto en el que deben considerarse los hechos en torno

23. Prorrogada por leyes 26.554 y 26.894 hasta el 23 de noviembre de 2017.

a cuestiones vinculadas con las tierras indígenas: se trate de tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades o recientemente recuperadas que sean juzgadas en jurisdicción civil o penal. Así, la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial de la provincia de Río Negro ha revocado el procesamiento del miembro de una comunidad indígena por el delito de usurpación y la orden de restitución del territorio por considerarlo prematuro, debiendo continuarse con la producción de la totalidad de la prueba indicada por el imputado y su defensa a fin de resolver en forma definitiva<sup>24</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Juzgado Correccional de la IVª Circunscripción de la provincia del Neuquén<sup>25</sup>, con relación a la reafirmación territorial que ha realizado la Comunidad Mapuche Linares del espacio comunitario afirmando: "...es una época de reconocimiento, recuperación y reafirmación de derechos consagrados constitucionalmente, por lo cual un fallo criminalizando la conducta que desplegó el pueblo mapuche sería retroceder a tiempos pasados y desconocer el marco legal y constitucional actual"<sup>26</sup>.

#### El Programa Nacional de Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas (Reteci)

Por otro lado, la ley 26.160 tiene como objetivo realizar el relevamiento técnico jurídico y catastral de las tierras ocupadas tradicionalmente por las comunidades, siendo su resultado la demarcación junto a los pueblos del territorio que las comunidades ocupan tradicionalmente, para garantizar sus derechos. La ley es solo un primer paso, falta aún un instrumento específico que regule la titulación de las tierras de los pueblos indígenas que incluya un procedimiento administrativo y judicial adecuado para realizar el reconocimiento constitucional, así como también otras reivindicaciones de tierras presentadas por las comunidades. La ley especial que el Congreso de la Nación debe dictar sobre la propiedad comunitaria indígena deberá, entre otros aspectos, establecer los procedimientos para la instrumentación del relevamiento efectuado en virtud del mandato de la ley 26.160.

---

24. Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, "Ponce, Rene s/usurpación", 9 de agosto de 2007.

25. "Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal Linares s/usurpación", 2007, cit.

26. Supremo Tribunal de Justicia de Río Negro, "Criado de Marful Irma E. c/Lemunao Delia y otros S/ Interdicto de recobrar", 6 de junio de 2011 que confirma la sentencia de primera y segunda instancia (cf. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, "Criado de Marful Irma E. c/Lemunao Delia y otros s/Interdicto de recobrar", 12 de junio de 2009 y Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5 de la IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, "Criado de Marful Irma E. c/Lemunao Delia y otros s/Interdicto de recobrar", 4 de agosto de 2008).

En aplicación de la ley, el INAI ha creado el Reteci que se propone relevar las tierras y territorios que ocupan tradicionalmente los pueblos indígenas en todo el territorio de la República Argentina, a fin de instrumentar el reconocimiento constitucional. Se destaca la participación que el CPI tiene en la ejecución del Reteci tanto a nivel nacional como en las jurisdicciones provinciales (cf. Resolución INAI N° 587/2007).

La ley se aplica a las tierras ocupadas por las comunidades, se trate de comunidades con personería jurídica o preexistentes. Por excepción, en la provincia de Río Negro, y acorde con las leyes 2287 y 4275, la ley se aplica también a pobladores individuales<sup>27</sup>.

La ocupación debe revestir carácter tradicional, actual y público y encontrarse fehacientemente acreditada.

En estos años, la jurisprudencia viene pronunciándose sobre el alcance de estos términos. Ya se ha desarrollado el alcance de la palabra “tradicional”. En cuanto a la palabra “actual”, debe ponderarse en forma dinámica. El Supremo Tribunal de la provincia de Río Negro considera que “se trata de una redundancia, por cuanto nadie puede ser desalojado o expulsado si no se encuentra actualmente ocupando la tierra”<sup>28</sup>. Con relación a la posesión pública y fehacientemente probada, como afirma el mismo alto tribunal, “no puede ser un obstáculo y/o impedimento en el camino de los indígenas hacía la ejecución y/o ejercicio de sus derechos. (...) En tal orden de ideas, considero que el cumplimiento o no del requisito mencionado, en cuanto a que la posesión debe (...) ‘encontrarse fehacientemente acreditada’, dependerá y surgirá del relevamiento técnico –jurídico– catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas que expresamente ordena realizar el artículo 3 de la citada ley. De lo contrario, no se explicaría para qué la ley ordena disponer la suspensión de las ejecuciones y/o trámites de desalojo, si ya se encontrara ‘fehacientemente acreditado’ que la posesión de la comunidad indígena es actual, tradicional y pública, pues en ese caso, ya no se justificaría la aplicación de la ley 26.160, sino que debería aplicarse el derecho reconocido expresamente en el art. 75, inc. 17) de la Constitución Nacional y art. 14, apartado 1º, de la Convención N° 169 OIT (ratificado por la Ley 24.071)”<sup>29</sup>.

Finalmente, y en orden a la protección de los derechos que genera la ocupación tradicional de las tierras, es relevante la doctrina y la jurisprudencia que desde el derecho penal se plantean esta nueva realidad

27. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Guerrieri, Roberto Pedro y Otros c/Rodríguez, Cristian s/ordinario s/casación”, 14 de agosto de 2008.

28. “Criado de Marful Irma E. c/Lemunao Delia y otros S/Interdicto de recobrar”, 2011, cit.

29. *Ibíd.*

del derecho indígena: el reconocimiento de la propiedad comunitaria. La jurisprudencia ha evolucionado de la absolución del imputado por delito de daño en virtud de una causa de justificación putativa<sup>30</sup> al sobreseimiento por atipicidad de la conducta, ya que el hecho investigado no encuadra en figura penal alguna.

Una problemática que ha surgido en estos últimos años y forma parte de las tensiones de este tiempo es la reivindicación de tierras comunitarias por parte de las comunidades. El derecho a la restitución es reconocido por el Convenio N° 169 OIT (artículo 14.3). Se trata de tierras que los pueblos indígenas reclaman por haber sido despojados con anterioridad al reconocimiento de los derechos. El Estado argentino no ha normado aún un mecanismo para el ejercicio de este derecho. Pero ello no lo exime de responsabilidad, por cuanto el Convenio N° 169 OIT responsabiliza a los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática que promueva la plena efectividad de los derechos sociales, económicos, y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2 (b)).

### **El derecho a la consulta y la participación en los asuntos que afecten sus intereses**

El derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas en los asuntos que afecten sus intereses es creado por el constituyente, cuando establece que se debe “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten” (artículo 75 inciso 17 *in fine*) y, por el Convenio N° 169 que el derecho a la consulta y a la participación en todas las decisiones que afectan su desarrollo o sus intereses es la forma de ejercer este derecho. Ello implica la obligación del Estado de adecuar sus estructuras políticas y administrativas para garantizar este derecho. Este reconocimiento incluye el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo y de participar efectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional.

La consulta debe reunir dos condiciones: (a) realizarse a través de las instituciones representativas de las comunidades y los pueblos y, (b) con mecanismos apropiados en lo cultural y desde el punto de

---

30. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén: “Puel, Raúl s/Daño”, 12 de marzo de 1999; cf. “Oñate, Dolorindo y otro c/Rago, Pablo y otro s/interdicto de retener”, 2000, cit.; “Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal Linares s/ usurpación”, 2007, cit. y Cámara de Juicio en lo Criminal de Zapala. “Nahuel, Florentino Arsenio, Nancucheo, Roberto Oscar, Velásquez, Martín, Pintos, Fidel s/ usurpación”, 19 junio de 2007.

vista de la finalidad (artículo 6.2). Ello implica, entre otras acciones, el deber del Estado de brindar información y establecer un mecanismo de comunicación constante entre las partes. La consulta debe realizarse con carácter previo, de buena fe, a través de sus instituciones representativas y con procedimientos culturalmente adecuados que generen confianza entre las partes que deben tener como fin llegar a un acuerdo. Además, se debe realizar durante todas las etapas del proyecto, y no solo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión en forma voluntaria<sup>31</sup>.

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

Con relación al sujeto que debe ser consultado y su legitimación, se ha avanzado, como se dijo, en la implementación de un registro de las distintas organizaciones que los pueblos y comunidades se van dando que respete su derecho consuetudinario y, a nivel nacional, la constitución del Consejo de Participación Indígena (CPI), cuyo objetivo es establecer un diálogo intercultural en el debate de las políticas públicas y la ejecución de los programas nacionales.

La jurisprudencia ha aportado al reconocimiento de este derecho en cabeza de los pueblos; al respecto, se destaca la sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro en la acción originaria iniciada por el pueblo mapuche de esa provincia y, en particular, la sentencia interlocutoria N° 216 ya citada<sup>32</sup>, por la que estableció el derecho del pueblo mapuche a la información y a la participación ordenando a los distintos organismos intervinientes medidas tendientes a garantizar estos derechos, así como a resguardar las tierras y el patrimonio de las comunidades.

Asimismo, la Corte de Justicia de Salta en el caso planteado por la Comunidad Eben Ezer ha establecido que la traducción a la lengua wichí

31. Caso de Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, cit., párr. 134.

32. Supremo Tribunal de Río Negro, "Codeci de la provincia de Río Negro s/acción de amparo", 2004, cit.

de la convocatoria y del estudio de impacto ambiental presentado por la proponente de la iniciativa privada, constituían, entre otros, recaudos esenciales para la legitimidad del procedimiento de expedición de los certificados de desmontes de cara a las distintas normas nacionales, locales y supranacionales que aseguran su participación en la gestión de sus recursos naturales<sup>33</sup>.

En un fallo ejemplar, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en el caso Comunidad Mellao Morales, decretó la prohibición de innovar en un expediente de concesión minera decidido sin proceso de consulta a la comunidad indígena involucrada, estableciendo que debe aplicarse el Convenio N° 169 “que protege el derecho a la existencia colectiva, a la identidad cultural, a la propia institucionalidad y el derecho a la participación. (...) Desde tan fuertes directrices, es que el Poder Judicial, actuando en consecuencia, debe proporcionar las medidas necesarias que, en protección a esos derechos, actúen como marco de garantía frente a la posibilidad de su lesión”.

La obligación del Estado de garantizar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales ha sido reconocido en el artículo 75 inciso 17, y el Convenio N° 169 OIT establece este derecho en un marco que se conforma por la articulación del derecho a sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo autónomo y la participación en la gestión de sus recursos naturales, que establece el principio general de la obligación del Estado de proteger los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

Asimismo, el Convenio prevé que en los casos en que el Estado sea propietario de los recursos minerales o subterráneos o tenga derechos sobre otros recursos que forman parte de las tierras, los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados y en qué grado, *antes* de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos que forman parte de las tierras de dichos pueblos (15.1). Además, deben participar de los beneficios y percibir indemnizaciones equitativas, en razón de su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de sus recursos (artículo 15.1); ello implica, por lo menos, el acceso a su uso en la medida en que sea requerido para el mantenimiento de su cultura y la preservación de sus formas de vida.

También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre este derecho<sup>34</sup>.

33. Corte de Justicia de Salta, “Comunidad Aborigen ‘Eben Ezer’ c/ Everest S. A. c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta s/ amparo”, 21 de junio de 2007.

34. Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T’Oi c/

El Tribunal Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy, en fallo antes citado, estableció que correspondía dar “cumplimiento con lo dispuesto en el art. 15.2 del Convenio N° 169 OIT incorporado a nuestra legislación vigente, dando obligatoria participación en todas las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes referidas a trámites sobre territorios que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, en particular las que se tramiten por ante el Juzgado Administrativo de Minas”<sup>35</sup>.

El derecho a la consulta y la participación es un tema relevante en la presente transición que se da en los Estados en América Latina en virtud de los megaproyectos que se desarrollan en los territorios de los pueblos y comunidades, y porque la legislación nacional, en los casos que prevé el mecanismo de consulta, lo hace en forma acorde al sistema representativo, sin atender a las pautas culturales y organizativas de los pueblos indígenas. Se trata de un tema central en la construcción de esta nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas que genera en la actualidad importantes conflictos, muchos de ellos judicializados, por los proyectos de explotación de distintos recursos naturales así como también la realización de obras de infraestructura y la municipalización de espacios rurales que se encuentran en los territorios comunitarios; muchas veces, estos casos son presentados incluso ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Argentina, el alcance de este derecho plantea distintas problemáticas vinculadas con la organización federal del territorio y con el actual modelo político nacional y popular.

En primer lugar, existe la necesidad de compatibilizar el reconocimiento del derecho a las comunidades con otra cláusula constitucional en la que el constituyente reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales (artículo 124, párrafo 2);

En segundo lugar, se plantea una problemática común a otros países latinoamericanos, referida al aprovechamiento de los recursos naturales así como también a obras de infraestructura en territorios comunitarios, necesarios para el desarrollo de un modelo productivo con inclusión. La cuestión muchas veces se formula en términos de modelo extractivista versus buen vivir, confrontando el modelo de desarrollo de los Estados con el modelo de desarrollo de los pueblos (ejemplo de ello son las actuales disputas en Bolivia y Ecuador). La discusión forma parte de las tensiones creativas que tiene que asumir el Estado en este tiempo. La necesidad de

---

Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/recurso de hecho”, 11 de julio de 2002.

35. Tribunal en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy, “Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y otros c/Estado Provincial s/amparo”, 2006, cit.



contar con recursos que permitan el mejor vivir y la inclusión de muchos millones de excluidos requiere del aprovechamiento de los recursos naturales y la realización de importantes obras de infraestructura<sup>36</sup>.

También en Argentina, la consulta y la participación en lo referido a los recursos naturales existentes en las tierras comunitarias, así como también las obras de infraestructura necesarias para el desarrollo constituyen una necesidad nacional en un escenario ambientalmente sensible, en el que conceptos como el “buen vivir”, impulsados muchas veces por ONG sociales y ambientales con financiamiento extranjero, debe ser confrontado con el modelo de desarrollo que se impulsa desde el proyecto político.

La cuestión política deviene central. Y ello implica el lugar desde donde se construye la mirada. Se trata de obras y proyectos necesarios para seguir profundizando en un modelo económico y productivo autónomo e inclusivo que permita la participación de toda la población y el desarrollo de condiciones tecnológicas e industriales, que por su escala no pueden hacerse sin una importante cantidad de recursos. En qué medida la no realización puede afectar a la población en general es un tema central en el que es necesario seguir debatiendo para ver los alcances y condiciones que deben reunirse, vinculadas a muchas variables. Ello no puede, en modo alguno, significar el abandono del cuidado de la cuestión socioambiental y, por tanto, son tiempos en los que la disputa sobre el modelo político y económico requiere de más instancias de discusión sobre la protección del medio ambiente y más actos de consenso con la población colindante. Con lo que deviene estratégico fortalecer a los actores políticos colectivos y garantizar las condiciones institucionales para que las negociaciones se realicen por mecanismos de diálogo y concertación.

En este marco, un tema que se debate y aún no está cerrado es el valor vinculante de la consulta previa, libre e informada como condición *sine qua non* para la realización de cualquier proyecto o acción en territorios comunitarios o que afecten los intereses de los pueblos originarios. Es el Estado quien debe garantizar este derecho, no como un simple veedor sino como protagonista e impulsor del proceso de consulta. Se entiende que tanto la Nación como las provincias son responsables de generar los mecanismos adecuados para la instrumentación del derecho a la consulta durante todo el proceso.

---

36. Cf. García Linera, A., *Geopolítica de la Amazonía. Poder hacendal-patrimonial y acumulación capitalista*. La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, 2012, págs. 63-64.

## Hacia la consolidación de una política pública intercultural

En América Latina, a partir de las preparaciones a la conmemoración de los quinientos años del mal llamado “Descubrimiento de América”, se destaca la emergencia de los pueblos indígenas. En un primer momento político, el eje de la reconstrucción de las identidades étnicas es el derecho a la autonomía política de los territorios indígenas sin ruptura de la integridad territorial del Estado nacional, pero sin cambios de la matriz uninacional y homogeneizante que lo constituye, y que se plasma en reformas constitucionales que reconocen derechos a los pueblos indígenas<sup>37</sup> y en la ratificación del Convenio N° 169 OIT<sup>38</sup>.

Con las crisis de fin del siglo XX, en América Latina aparecen gobiernos con proyectos políticos nacionales, populares y democráticos en los que el Estado emerge con fuerza expresando la necesidad de sus pueblos con sus diversidades culturales y étnicas. Los proyectos políticos nacionales toman diversas formas según el modelo político, social y económico que se implementa en cada país de este subcontinente, pero con algunos principios rectores: la recuperación del rol central del Estado para el desarrollo con soberanía, un enfoque de derechos que posibilite mayores niveles de igualdad e inclusión con respeto de la diferencia y la política como espacio que media y articula a toda la sociedad y que presupone la conciencia del pueblo como sujeto de transformación, y, por tanto, con una activa participación de los movimientos y organizaciones de todos los sectores sociales.

En este escenario político con un Estado en disputa, los pueblos indígenas vienen impulsando una *política de interculturalidad*; a la luz de los procesos de descolonización que con diversas formas se dan en el subcontinente ya no demandan su inclusión en un Estado que reproduce la ideología neoliberal, sino la creación de un nuevo Estado que se plasme en instituciones que recepcionen la cultura y el derecho de los pueblos indígenas<sup>39</sup>. Ello incluye un replanteo del concepto de

37. Brasil (1988); Colombia (1991); México (1992 y 2002); Nicaragua (1987); Paraguay (1992); Perú (1993); Bolivia (1994); Argentina (1994) y Ecuador (1998).

38. El Convenio ha sido ratificado por México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Brasil (2002), República Dominicana (2002), República Bolivariana de Venezuela (2002), Chile (2008) y Nicaragua (2010).

39. Gabriel y López y Rivas afirman que a la luz de estos nuevos proyectos políticos, la autonomía puede convertirse en una estrategia de los países centrales por cuanto hay un peligro en que la lógica del poder asuma conceptos como autonomía, desarrollo sostenible y multiculturalidad tergiversando sus contenidos de carácter popular, democrático y transformador para convertirlos en instrumentos del ejercicio de un poder ajeno a los pueblos. Como se ejemplifica en procesos que promueven la autonomía de regiones –Guayaquil, en Ecuador; el departamento de Santa Cruz, Bolivia, y el estado de Zulia, en Venezuela– con el fin de apartar del resto de la sociedad las riquezas de las cuales se han adueñado a lo largo del siglo

autonomía, asumiendo una pertenencia plena a la comunidad nacional y el desafío de una nueva ciudadanía como parte de la Nación y miembros de un pueblo indígena, que se plasma, en algunos casos y entre otras acciones, en la asunción de responsabilidades en instituciones locales y nacionales del Estado por líderes de las organizaciones indígenas<sup>40</sup>.

En el proyecto nacional que impulsa el gobierno argentino desde el año 2003, los derechos humanos se han incorporado definitivamente a esta nueva identidad democrática, como parte constitutiva de la Nación, no solo con fundamento normativo, sino enraizados y cimentados en las luchas por Memoria, Verdad y Justicia de las Madres, Abuelas, Hijos y Familiares de desaparecidos y que hoy se extienden transversalmente a todas las acciones del Estado a fin de garantizar la plena inclusión de todos los que habitamos este suelo<sup>41</sup>, con pleno respeto a la diversidad cultural, es decir, asumiendo la construcción de una política pública intercultural.

Como ya lo afirmara Cristina Fernández de Kirchner en su carácter de constituyente: "...Debe reconocerse la existencia de los pueblos indígenas, garantizando el respeto a su identidad étnica y cultural como base de su capacidad para construir futuro. (...) El actual debate sobre los derechos humanos registra el reconocimiento de que es ilusorio el ejercicio de los derechos civiles y políticos cuando no existen condiciones para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Son situaciones en que los derechos individuales no pueden ser realizados plenamente si no se reconocen los derechos colectivos. El caso de los pueblos indígenas representa una instancia en que el pleno ejercicio de los derechos individuales pasa por los derechos colectivos"<sup>42</sup>.

En este marco, y a la luz de los procesos de propuestas y prácticas que han considerado prioritarias –muchas de ellas acordadas y consensuadas en la Convención Constituyente de Santa Fe y luego en procesos de participación desarrollados en los últimos años<sup>43</sup>–, los pueblos indígenas

---

pasado. Cf. Gabriel, L.; López y Rivas, G., *Autonomías indígenas en América Latina. Nuevas formas de convivencia política*. México, Plaza y Valdés, 2005, pág. 20.

40. Cf. Bengoa, José, "¿Una segunda etapa de la Emergencia Indígena en América Latina". En: *Cuadernos de Antropología Social* N° 29, 2009.

41. Cf. Fernández de Kirchner, C., *Discurso Conmemoración del 205° aniversario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, 25 de mayo de 2015. Ver Duhalde, E. L., "El derecho es una construcción social y está más allá de lo normativo". En: Duhalde, Eduardo Luis ob. cit., 2012.

42. Fernández de Kirchner, C. y otros: "Propuesta de reforma constitucional para garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas", TC-619, Santa Fe, junio de 1994.

43. Las dos primeras consultas nacionales fueron el Programas de Participación de los Pueblos Indígenas (1996-1997) proceso de consulta provincial, regional y nacional que finalizó con la presentación de un documento de propuestas al Gobierno Nacional para la implementación de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y, el de Capacitación para el Fortalecimiento de Instituciones y Comunidades Indígenas (1997-1998), que tuvo como uno de sus resultados la formulación del Proyecto de Desarrollo de Comunidades Indígenas, que se ejecutara en seis territorios indígenas en las provincias de Salta,

participan del proyecto nacional y popular que desarrolla el gobierno nacional.

Así, en noviembre de 2003, en ocasión de la conmemoración de los cien años de la creación del Parque Nacional Nahuel Huapi, representantes de los pueblos indígenas se reunieron con el entonces presidente Néstor Kirchner en la ciudad de Bariloche, solicitando la definición de una política de Estado; allí surgió como primera actividad un proceso de consulta y participación denominado Foro Nacional “Derecho de los Pueblos Indígenas en la Política Pública” (2004-2005)<sup>44</sup>.

El primer resultado de esta política fue la conformación del Consejo de Participación Indígena (CPI, Resolución INAI N° 152/2004) como órgano de interlocución con el Estado nacional para la construcción de las políticas nacionales, integrado por representantes de todos los pueblos que habitan en las distintas provincias, elegidos por sus comunidades según sus pautas culturales. Para su conformación se realizaron cuarenta asambleas en todo el país, en las que se eligieron 85 representantes titulares y suplentes. En la actualidad, se compone por 126 miembros y se coordina a través de una mesa nacional integrada con 25 representantes. La constitución del CPI ha impulsado un proceso dinámico de autorreconocimiento de pueblos, de conformación e inscripción de comunidades y del resurgimiento de lenguas. A modo de ejemplo, puede señalarse que cuando comenzó a ejecutarse la ley 26.160, se trataba de un universo de 900 comunidades, y en agosto del 2013 el número ascendía a más de 1600<sup>45</sup>.

Un segundo hito lo constituye la política con relación a las tierras comunitarias, que se desarrolla a partir de la sanción de la ley N° 26.160, en virtud de la cual se ha relevado la posesión tradicional comunitaria de una superficie de 5.325.091 hectáreas en la que habitan 578 comunidades en las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Río Negro, San Juan, Salta, Santa Fe, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego<sup>46</sup>. Al tiempo que se ha avanzado, por aplicación de otras normativas, en la identificación y titulación de aproximadamente 4.500.000 hectáreas. Con relación a la entrega de otras tierras aptas, se destaca la mensura y avances para

Neuquén, Tucumán, Jujuy, Río Negro y Misiones (2002-2007).

44. El Foro tuvo como objetivo incluir los derechos de los pueblos indígenas en la agenda pública, a través de un trabajo entre representantes de los pueblos indígenas y de áreas del Estado nacional y de los Estados provinciales, que tienen competencia en temas que les atañen. El proyecto fue presidido por la ministra de Desarrollo Social de la Nación y coordinado por un dirigente indígena. El resultado final fue un documento con iniciativas jurídicas y legislativas presentado al presidente de la Nación y a diversos organismos del gobierno nacional.

45. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, *Informe sobre la ejecución de las leyes 26.160 y 26.554*. Buenos Aires, agosto de 2013.

46. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, ob. cit., 2014, pág. 10.

la instrumentación a favor de los tres pueblos indígenas que habitan en la provincia del Chaco de la Reserva Grande del Impenetrable Mowitob (creada por decreto N° 480/1991) con una superficie de 306.800 hectáreas.

En el marco del proyecto político se vienen construyendo un conjunto de políticas públicas que avanzan en el desarrollo de un modelo inclusivo de derechos, y en las cuales han tenido una importante participación los pueblos indígenas y sus organizaciones. Entre otras, cabe mencionar la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la Ley N° 26.206 de Educación Nacional; la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; el Código Procesal Penal de la Nación sancionado por ley 27.063<sup>47</sup>; la Ley 26.994, que reconoce el derecho a la posesión y propiedad comunitaria y el derecho a los nombres aborígenes (artículos 18 y 63 c) y la Ley N° 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar.

La restitución de los restos mortales que forman parte de museos, colecciones públicas o privadas, a los pueblos o comunidades de pertenencia era una deuda pendiente que se concreta con la sanción de la ley 25.517 (2001)<sup>48</sup>; por medio del decreto N° 701/2010 se establece la competencia del INAI para coordinar, articular y asistir en el seguimiento y estudio de su cumplimiento<sup>49</sup>.

Con relación a la falta de información censal, por primera vez en el año 2001 se incorporó la temática de autoidentificación de identidad y pertenencia a comunidades indígenas al Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas (ley 24.956), también incluida en el Censo 2010. Sobre el Censo 2001, a solicitud de los pueblos indígenas y con su participación, el Indec realizó la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (2004-2005).

En orden a visibilizar su participación en el proceso emancipatorio de nuestra patria, se destacan entre otros hechos, la modificación de la denominación del día 12 octubre, a fin de dotar a dicha fecha de un significado acorde al valor que asigna nuestra Constitución Nacional y diversos tratados y declaraciones de derechos humanos a la diversidad

---

47. En la provincia del Neuquén, la reforma del Código Procesal Penal establece que cuando se trate de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el art. 9.2. del Convenio N° 169 OIT (ley 2784, de 2011) y Chubut (ley XV N° 9 - ex ley 5478, de 2006).

48. Se han adherido las provincias de Buenos Aires (ley 12.917), Catamarca (ley 5158), Chaco (ley 5450), Río Negro (ley 4768) y Tierra del Fuego (ley 925).

49. La provincia de Río Negro ya en el año 2000 había dictado la ley 3468. Asimismo, por leyes especiales se habían restituido los restos mortales del Cacique Inacayal para su sepultura en Tecka, provincia del Chubut (ley 23.940, de 1991) y del Cacique Mariano Rosas-Panquitruz Gner, a solicitud del Pueblo Ranquel, sepultados en Leuvucó, Departamento de Loventuel, de la provincia de La Pampa (ley 25.276, de 2000). En ambos casos, los restos mortales se encontraban depositados en el Museo de Ciencias Naturales de La Plata, provincia de Buenos Aires.

étnica y cultural de todos los pueblos (decreto 1584/2010); la restitución, en 2011 y 2012, de las versiones en aymara y quechua del Acta de la Independencia, impresas en 1816, para que sean exhibidas junto a la versión en castellano en la Casa Histórica de Tucumán; la inauguración del Salón de los Pueblos Originarios en la Casa de Gobierno de la Nación en reemplazo del salón Cristóbal Colón (2014) y la declaración de héroe nacional al general post mortem Andrés Guacurarí, también conocido como comandante Andresito, como tributo y reparación histórica por su contribución a la epopeya de la emancipación del continente americano (ley N° 27.116, de 2014).

Este tiempo exige avanzar en el relevamiento territorial previsto por la ley 26.160 junto con la promoción del diseño y la ejecución de un plan provincial de regularización de tierras fiscales donde están asentadas comunidades originarias, al tiempo que se impulsa la generación de mapas preventivos de conflictos, se promueve la creación de mesas de resolución y se avanza en la reglamentación del derecho a la consulta y la participación en todos los temas que afectan sus intereses. También, es aún una deuda pendiente en algunas provincias unificar y homogenizar el régimen legal y los criterios de inscripción de la personería jurídica en todas las comunidades. En lo normativo, se impone el debate sobre la ley especial que regule la propiedad comunitaria indígena que, al tiempo de consolidar el relevamiento territorial, permita visualizar los avances en esta nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado.

Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, en particular, su derecho a la autonomía territorial y funcional (Declaración ONU, artículo 4) en el marco del Estado, es decir, respetando la “integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” (Declaración ONU, artículo 46.1) requiere aún de un importante esfuerzo para hacer conocer estos conceptos y seguir profundizando en políticas que garanticen los derechos de los pueblos indígenas en el Estado argentino. Al mismo tiempo, se deben promover condiciones que garanticen un desarrollo con identidad en el marco de los procesos organizativos que se van dando los distintos pueblos y que necesariamente incluyen escenarios de disputa o tensiones, pero que son propios de esta etapa política. En América Latina, gobiernos nacionales y populares impulsaron reformas constitucionales – Ecuador (2008) y Bolivia (2009)– que asumen la condición plurinacional del Estado que representa la unión del poder político, económico y social de todos los pueblos y nacionalidades al margen de sus diferencias históricas, políticas y culturales.

Como afirma Zaffaroni: “La verdadera Independencia del continente americano no puede completarse hasta que el orden jurídico que surge

de ella no repare el genocidio colonizador, en la medida que esto sea posible. El desconocimiento de los derechos de los pueblos originarios importa una negación de la Independencia, pues el orden jurídico que así proceda no hace más que proclamarse mero sucesor de orden colonialista. Solo reconociendo esos derechos y reparando lo reparable, nuestro orden jurídico se declara independiente y elimina el genocidio como aberrante base de su legitimidad. Lejos de constituir una fragmentación de nuestra soberanía importa su confirmación<sup>50</sup>. Por tanto, si bien es mucho el avance que se ha alcanzado en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y especialmente en estos últimos doce años, resta mucho por hacer y deberá ser parte de la agenda pública de los próximos años. Para finalizar, no puede sino señalarse que es para el Estado y la sociedad una obligación de justicia que tiene trascendentes consecuencias en la construcción democrática de nuestro país y de América Latina.

**Dra. Viviana Canet**  
Asesora de la Dirección  
de Apoyo a Actores Sociales  
para la Construcción Ciudadana

**Dr. Sebastián Demicheli Calcagno**  
Director  
de Apoyo a Actores Sociales  
para la Construcción Ciudadana

---

50. Zaffaroni, Eugenio: "Prólogo". En: Salgado, J. M., ob. cit., 2006, pág. 7.