

Dossier

**DERECHO A LAS TIERRAS Y TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS. LA PROPIEDAD COMUNITARIA Y SU VIGENCIA EN EL
SISTEMA JURIDICO ARGENTINO**

Ricardo González

ricardo.oscar.g@gmail.com

Doctor en Ciencias Jurídicas (UBA),

Juez del Tribunal de Trabajo n°5

San Isidro, pcia.de Bs.As.

Miembro del Equipo Federal del Trabajo.

Resumen

Una vez que el constituyente ha reconocido el derecho de los pueblos originarios incorporándolo a su texto se torna innecesaria cualquier intervención del Poder Legislativo al respecto.

Palabras claves

Incorporación constitucional de un derecho.

Summary

Once the constituent has recognized the right of the towns natives incorporating it to its text unnecessary restitution any intervention of the Legislative Power in this respect.

Key words

Constitutional incorporation of a right.

INTRODUCCION.

**INADECUADA UBICACIÓN DEL ART 75 INCISO 17 DE LA CONSTITUCION
NACIONAL. OPERATIVIDAD DE SU CONTENIDO.**

NORMATIVA INTERNA Y LATINOAMERICANA.

FUNDAMENTACION Y CRITICA

El art 75 inc, 17 de la Carta Magna expresa que “*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 embargo. 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” (en materia de tierras el texto es casi idéntico al que utiliza el Convenio n° 169 de la OIT)

A nuestro entender, esta norma tiene estrecha vinculación con los incs 18, 19 y 23 del art 75 de la Ley Suprema.

Ahora, bien, una vez que el constituyente ya ha reconocido el derecho incorporándolo a su texto, aún cuando lo atribuya como facultad del Congreso, máxime tratándose de un derecho natural, anterior al texto positivo, se torna innecesaria cualquier intervención del Poder Legislativo al respecto. No debemos olvidar que en todos los proyectos presentados en la Convención Nacional, se efectuó una constante remisión a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ya referenciados, así como al Convenio n° 169 de la OIT, con lo cual, la manda constitucional produce efectos “ipso iure” sin que resulte apropiado un segundo órgano al cual no se le encomienda su reglamentación sino ejercer una facultad ya desarrollada por el constituyente.

Los derechos individuales son derivados de los derechos humanos, en tanto nacen con el hombre y son anteriores y superiores al Estado, que los reconoce y garantiza, por medio de una adecuada estructura orgánica.

Normalmente el constitucionalismo inscribe tales derechos en la parte Dogmática de la Carta Magna, como aconteció en nuestro país con la Constitución Nacional de 1853.

La reforma de 1994 ha reconocido una amplia gama de derechos, mediante la incorporación del Capítulo II titulado “De los Nuevos Derechos y Garantías” (arts 36 a 43) en la primera parte de la Ley Suprema, y asimismo a través de la incorporación de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el art 75 inc, 22.

Es de destacar que tal dispositivo expresa que dichos documentos...”*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los Derechos y Garantías por ella*

reconocidos “ con lo cual se advierte que en el nuevo plexo jurídico se ha efectuado un amplio reconocimiento de derechos naturales, es decir, derechos o principios que son anteriores y superiores a la Constitución misma, e incluso a cualquier otro documento supralegal, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar , y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar ni las leyes abrogar.

En el caso que tratamos referente a los pueblos originarios, sin lugar a dudas los derechos a que alude el art 75 inc, 17 deberían haber sido incorporados en la parte Dogmática de la Constitución reformada.

La propia CSJN destaca que *“quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con las facultades implícitas necesarias para llevar a buen término la misión referida. Más predicar, la presencia de poderes de dicha naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la CN, pero que no son sustantivas ni independientes de los poderes expresamente concedidos, sino auxiliares y subordinados” (CSJN Fallos 300:1282)*, con lo cual, y más allá de lo establecido en la ley de reforma 24309 tal contenido podría haberse incorporado a la primera parte de la CN.

Tomando en cuenta esta posibilidad de ejercer facultades implícitas para un mejor diseño de la Ley Suprema, hubiera sido adecuado incorporar al texto del art 75 inc, 17, como Nuevo Derecho y Garantía, Capítulo II de la Primera Parte de la CN. Es cierto que quizá esta manifestación tan explícita de los derechos originarios hubiera generado (sin perjuicio que lo hizo) una gran movilización de los mismos, al ver sus derechos tan abiertamente reconocidos, circunstancia en modo alguna querida por la mayoría de los convencionales constituyentes, quienes por cuestiones políticas introdujeron subrepticamente tal texto ,en un artículo con el cual no guarda actual relación, ya que no es atribución del Congreso reconocer derechos que ya fueron reconocidos por aquél.

Se produce en consecuencia, al decir de Sagüés, una situación de **CONTRABANDO NORMATIVO**.

De todas maneras, este pretense ocultamiento resultó infructuoso en la medida que los reclamos de los pueblos originarios, se han ido incrementando en el transcurso

de los últimos años, esencialmente basados en el Convenio 169 de la OIT, así como en los Tratados enumerados en el art 75 inc, 22 de la CN, y la labor judicial que se ha hecho eco de tal normativa para brindar amparo a este sector desprotegido de la población.

Otro aspecto plausible de destacar de la Ley de reforma es aquél que nos permite considerar que si el Congreso Nacional habilita para su debate por la Convención Constituyente por reforma al art 67 inc, 15 de la CN, “la adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas” (art 3 inc, II) se puede llegar a concluir que la redacción tal cual quedó plasmada en el actual art 75 inc, 17, es factible considerarla como excesiva en cuanto al contenido asignado. Ello no implica que se tuviera que vulnerar la norma habilitante, pero si la Convención, en ejercicio de sus facultades pudo determinar según su criterio y en base a los proyectos expuestos, el contenido del artículo en cuestión, pudo haberlo también incorporado como Nuevo Derecho y Garantía, máxime si se advierte que no sólo algunos de estos proyectos fueron presentados ante esta Comisión, dentro de este esquema, sino que además , muchos de ellos fueron dirigidos expresamente (aunque como reforma al art 67 inc, 15) al referido organismo, lo cual denotó la tendencia de algunos convencionales sobre este tópico.

Si el Convencional Constituyente, incluyó como Disposición Transitoria Primera la ratificación de la Soberanía de las Islas Malvinas, (tema no habilitado por la ley de reforma) al igual que la segunda parte del art 90 en cuanto a lo atinente a una segunda reelección (tema no incorporado en el art 2 inc, B) del Núcleo de Coincidencias Básicas que sólo refería a la reducción del mandato presidencial y a la reelección, ya que el párrafo incorporado excedía el contenido de dicho núcleo que sólo podía ser aprobado tal cual estaba redactado, alterándose también las “cláusulas cerrojo” propugnadas por la ley en cuanto a su redacción conforme lo previsto por la ley 24309 en lo atinente al art 99 inc, 3 (decretos de necesidad y urgencia) párrafos 2,3 y 4, y sin que ello implique justificar exceso alguno, con toda lógica y coherencia, tal cual se había propuesto en el seno de la Convención podría haber incluido como Nuevos Derechos y Garantías todo lo atinentes a los pueblos originarios, en virtud de sus facultades implícitas.

Lo que hemos analizado denota que, el Convencional Constituyente, en ejercicio de sus funciones, sobrepasó (no irregularmente sino en aras de una mejor estructura del texto constitucional), el contenido de la ley de reforma, con lo cual nada hubiese impedido incorporar los derechos de los pueblos originarios en la Parte Dogmática de la CN.

No obstante lo expuesto y pese a la redacción actual del art 75 inc, 17 de la Ley Suprema, sostenemos su plena operatividad, aún cuando no exista una norma reglamentaria específica y sin perjuicio de la ley nacional 23302 de Política Indígena que ya ha sido superada no sólo por el nuevo dispositivo constitucional sino también por los instrumentos internacionales contemplados en el art 75 inc, 22 así como el Convenio 169 de la OIT, conforme art 31 de la CN. En otras palabras, considero que la ley citada, ha quedado sustituida por derogación normativa.

OPERATIVIDAD (el artículo en sí mismo es autoaplicativo “self-executing”)

En atención a lo precedentemente expuesto, considerando que el texto en cuestión debió haber sido incorporado a la Parte Dogmática de la CN, opinión sustentada también por Bidart Campos y Ekmedjian (46) máxime teniendo en consideración la amplitud del reconocimiento y garantías otorgadas, lo cual es propio del Complejo de Declaraciones, Derechos y Garantías, entiendo que no obstante dicha limitación, la voluntad del constituyente ha sido la de establecer derechos operativos en esa materia.

Prueba de ello es que, por ejemplo, el tema fue tratado por la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, la que en el informe que acompaña a su despacho solicita a la Comisión Redactora la incorporación del mismo, como nuevo artículo del Capítulo II de la Primera Parte de la CN. (Obra de la Convención Nacional Constituyente, T IV pág 3836 y sgtes. Editorial La Ley)

Como antecedentes emanados de dicha Convención podemos citar el Expediente n° 5 que proponía la incorporación del texto como un artículo del Capítulo II de la Primera Parte de la CN (op cit nota 47 T II pág 867) así como el expediente n° 328 (op cit nota 47 T II pág 1266), expediente 563 (op cit nota 47 T II pág 1548), expediente 690 (op cit nota 47 T II pág 1693), expediente 900 (op cit nota 47 T II pág 1954),

expediente 946 (op cit nota 47 T II pág 2011) , expediente 956 (op cit nota 47 T III pág 219), expediente 1322 (op cit nota 47 T III pág 2514).

Las circunstancias apuntadas precedentemente demuestran los distintos pensamientos existentes en los convencionales, en cuanto a la forma en que debían reconocerse los derechos de los pueblos originarios.

El objetivo de tal operatividad es que no debe tratarse de derechos imposibles, entendiendo por tales aquellas situaciones de déficit o hiposuficiencia, en las que quedan inmersos muchos sectores sociales, que se ven impedidos de acceder al goce de sus derechos en la satisfacción de necesidades elementales.

De lo contrario nos encontraríamos como expresa Sagüés, ante situaciones de norma infiel, como aquella que no coincide en su expresión lingüística con la intención del autor, una ficción constitucional, como proclamación pomposa que no se cumple, o bien demagogia constitucional o ignorancia consciente.

En síntesis, debe tratarse de derechos que tengan vigencia sociológica, es decir, que puedan hacerse valer en la práctica.

CONSTITUCIONES PROVINCIALES

BUENOS AIRES. (BO 14-9-94) “*SECCION I. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTIAS. ART 36. La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales: A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales...9.- DE LOS INDIGENAS. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas, en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan*”

CHACO. (BO 7-12-94) “*CAPITULO III DERECHOS SOCIALES. PUEBLOS INDIGENAS. ART 37. La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones;*

propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan, y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, e indivisibles, e intransferibles a terceros. El Estado asegurará: a) La educación bilingüe e intercultural. B) La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales, y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable. C) Su elevación socio económica con planes adecuados. D) La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas”

CHUBUT. (BO 14-10-94) “SECCION II. CAPITULO II. DERECHOS SOCIALES. DE LOS INDIGENAS. ART 34. *La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas, en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural.*

Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia:

- 1. La posesión y la propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos.*
- 2. La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones, cuando son utilizados con fines de lucro.*
- 3. Su personería jurídica.*
- 4. Conforme a la ley, su participación en la gestión referida a los recursos naturales, que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan. “*

“ART. 95 TIERRAS FISCALES. Establece los mecanismos de distribución de las tierras fiscales en propiedad, reconociendo a los indígenas la posesión y propiedad individual de las tierras que legítima y tradicionalmente ocupan” (incluido en el Capítulo titulado REGIMEN SOCIAL)

FORMOSA. (BO 3-4-91) “*CAPITULO IV. REGIMEN SOCIAL. ART 79. La Provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos en esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo, en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vida provincial y nacional.*”

Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de éstos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres conforme con las leyes vigentes”

JUJUY. (BO 17-11-86) “*CAPITULO TERCERO. DERECHOS Y DEBERES SOCIALES. ART 50. PROTECCION DE LOS ABORIGENES. La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social”*

LA PAMPA. (BO 14-10-94) “*SECCION I. CAPITULO I. DECLARACIONES, DEBERES Y GARANTIAS. ART 6. Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. No se admite discriminación por razones étnicas...*”

La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas”

MISIONES. (BO 25-11-03) “*TITULO II. DERECHOS INDIVIDUALES. CAPITULO UNICO. DERECHOS Y SEGURIDADES INDIVIDUALES. ART 9.- Los habitantes en la Provincia tiene idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, la que deberá tener acción y fuerza uniformes parar todos y asegurar igualdad de oportunidades. Cada habitante tiene el deber de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al bienestar común y el correlativo derecho de participar en sus beneficios.*”

La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural del pueblo indígena Mbya, garantizando el respeto a su identidad, y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, a ser impartida preferentemente, por docentes y auxiliares indígenas.

Reconoce y garantiza la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones y, asimismo, el derecho de participación plena, a través de sus representantes, en la gestión de sus recursos naturales; el derecho a usar, mantener, desarrollar y administrar servicios propios de salud y demás intereses que los afecten.

Reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible, prescriptible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asimismo asegura su patrimonio cultural y propiedad intelectual.

Los municipios pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”

NEUQUEN. (BO 3-3-06) “**PRIMERA PARTE. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTIAS. TITULO I. CAPITULO I. PUEBLOS INDIGENAS. ART 53.-**”*La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural.*

La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor”

ART 107. El Estado asegura la libre expresión artística y prohíbe toda clase de censura previa. A tal efecto:

a- Reconoce la interculturalidad.

.....

RIO NEGRO. (BO 13-6-88) “*CAPITULO III. DERECHOS SOCIALES. DERECHOS DE LOS INDIGENAS. ART 42. El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincracia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegurar el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse*”

SALTA. (BO 22-4-98) “*CAPITULO I. DECLARACIONES GENERALES Y FORMA DE GOBIERNO. PUEBLOS INDIGENAS. ART 15-.I.- La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta.*

Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones, a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial.

Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos.

Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales, y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.

II.- El Gobierno provincial genera mecanismo que permitan, tanto a los pobladores indígenas, como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar resoluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros”

SANTIAGO DEL ESTERO. (BO 26-11-05) *“TITULO II. DERECHOS. CAPITULO I. DERECHOS PERSONALES.*

ART 18. Igualdad y solidaridad. Todas las personas son iguales ante la ley, gozan de la misma dignidad y merecen idéntico respeto.

La presente constitución no admite discriminaciones por razones o pretexto de raza, etnia,..... ni cualquier circunstancia que implique discriminación , exclusión, restricción o menoscabo.

La provincia procurará la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad. Promueve medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución”

TUCUMAN. (B.O. 7-6-06) *SECCION VIII. CAPITULO QUINTO. DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ABORIGENES. ART 149.- “La Provincia reconoce la preexistencia étnico- cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio provincial.*

Garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama.

Reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Se dictarán leyes que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en este artículo”

Como puede apreciarse, todas las constituciones provinciales, refieren a los derechos de los pueblos originarios en su parte dogmática.

Ahora bien, el hecho de estar ubicado el texto que venimos tratando en la parte orgánica, ¿le resta operatividad a su contenido? ¿necesariamente debe estar reglamentado por leyes especiales?

Sabemos ya, que los derechos contenidos en la Ley Suprema no son absolutos y que se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio y que por supuesto deben ser razonables, lo cual nada impide que derechos contenidos en la parte dogmática también sean reglamentados, aspecto éste que no determinaría una diferencia fundamental en cuanto a la ubicación contextual de la norma referida.

Sin embargo no deja de ser preocupante el tópico atinente a su operatividad.

CONTENIDO DE LAS FACULTADES DEL PODER LEGISLATIVO. NUEVAMENTE EN TORNO A LA UBICACIÓN DE LA CLAUSULA CONSTITUCIONAL

Si la inscripción constitucional, es una constancia jurídica solemnizada que otorga a un derecho el más alto rango dentro del ordenamiento jurídico, y el art 75 inc, 17 reconoce y garantiza los derechos de los pueblos originarios, qué facultades le restarían al Poder Legislativo, más que la posibilidad de reglamentar, si fuera necesario, lo que ya se encuentra incorporado al texto constitucional mediante reconocimiento efectuado por aquél otro Poder?

Si los propios convencionales, en diversos proyectos presentados tomaron como fuente los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos en tanto normas supranacionales, incorporadas a la CN a través del art 75 inc, 22, no puede dudarse que ésta última normativa, armonizada con la jurisprudencia de la CSJN en conjunción con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art 27, así como los tratados sobre derechos humanos, todo lo cual le otorga al art 75 inc, 17 el carácter de una norma que por sí misma implica el ejercicio pleno de los derechos en ella reconocidos, como si hubiera sido incorporado a la Parte Dogmática.

Además, hay una relación de complementación y retroalimentación entre el derecho interno e internacional, nos parece evidente que la omisión de respetar los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, más allá de entrañar una violación a la

norma de derecho interno constitucional, es susceptible de generar responsabilidad internacional al omitirse el cumplimiento del contenido de los instrumentos enumerados en el art 75 inc 22, más allá del incumplimiento de las prescripciones de los inc. 18 y 19 de la misma norma.

En este orden de ideas, entiendo que los derechos consagrados en la CN deben verse como un conjunto de principios y de normas que comportan un sistema orgánico en el cual todos y cada uno de aquéllos se encuentran íntima e inseparablemente vinculados, de manera que la interpretación de cada uno de ellos no debe hacerse en forma aislada, sino en función de todo el sistema que integra, con lo cual la propia fuente constitucional que se encuentra en el vértice será la encargada de remitirnos a la norma de la cual se derive la mejor solución.

El tema en tratamiento constituye, no una mera facultad o atribución del Congreso, sino un capítulo de los derechos humanos que como tal deben ser operativizados en forma inmediata y considerarse incluso como nuevo derecho de tercera generación, por lo que reiteramos, debió ser incluido en la primera parte de la Ley Suprema, no obstante lo cual, su ubicación actual no desmerece en modo alguno su aplicación en forma inmediatamente operativa.

El trascendente emplazamiento que ostentan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, desnuda la opción axiológica del Estado argentino al menos en el plano normativo, sobre el particular, lo que produce entre otras implicancias, la adquisición de singular valía de los informes, fallos, opiniones consultivas, etc., expedidas por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, vis a vis el derecho interno, y la inocultable al texto y al espíritu constitucionales, da la pauta pro homine, favor libertatis, favor libertatis, y progresividad, que constituyen un criterio hermenéutico informador del derecho de los derechos humanos, en cuyo mérito se debe acudir a la norma más amplia para la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restrictiva, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria.

Entiendo que hablar de “incluir derechos” implica sin lugar a dudas reconocerlos en el texto constitucional, con lo cual deja de ser una atribución del Congreso tal

reconocimiento, quién podrá sí en cambio, instrumentar las garantías necesarias para el ejercicio de los mismos. Postura sostenida también por Gelli. (cfr. Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina Comentada y concordada” pág 571, Editorial La Ley)

Según Quiroga Lavié *“la Convención tuvo que afrontar, en relación al art 75 inc, 17, el defecto metodológico en que incurrió la ley 24309, cuando en vez de incluir esta propuesta en el capítulo de Nuevos Derechos, como correspondía , lo hizo entre las atribuciones del Congreso (art 3 inc, ll). Como aquella no se apartó de los criterios impuestos por el Congreso en tal sentido, en un exceso ritual que no compartimos, se puede explicar por qué los derechos étnicos se encuentran en un lugar completamente ajeno a su contenido”* (Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti Miguel Angel, Cenicacelaya, María de las Nieves “Derecho Constitucional Argentino” T I pág 325, Editorial Rubinzal Culzoni)

Como señala Sagüés, *“la reforma constitucional de 1994 derogó aquel precepto (art 67 inc, 15 que refería a proveer a la seguridad de las fronteras y conservar el trato pacífico con los indios, promoviendo su conversión al catolicismo) y lo sustituyó por otro (art 75 inc, 17) con un contenido jurídico y un mensaje político reivindicativo de los aborígenes, por cierto, bien distinto al anterior... el nuevo precepto, situado entre las competencias del Congreso, importa en verdad una suerte de “contrabando normativo” del constituyente, ya que alude a puntos concernientes al Primera Parte (Declaraciones, Derechos y Garantías) de la Constitución...”*(Sagüés, Pedro Néstor, “Elementos de Derecho Constitucional” T II pág 325. Editorial Astrea)

Por ello resulta inadecuado que corresponda al Congreso reconocer la preexistencia étnica, en tanto tal circunstancia ya fue efectivizada por el poder constituyente y no puede ser desconocido, tratándose además de aspectos ya consagrados en el Convenio 169 de la OIT a cuya jerarquía y aplicación constitucional remitimos.

Al respecto *“y si bien la cláusula protectora de los derechos de los pueblos indígenas se encuentra alojada en el sector de atribuciones del Congreso de la Nación, por la consabida y teórica prohibición contenida en la ya señalada Ley Nacional 24309*

(art 7) de avanzar reformativamente sobre el perímetro y la superficie de la primigenia parte dogmática de la CN, no ha dejado de encaramarse como una pauta valorativa que integra el plexo de derechos, insoslayables que a su vez, nutren, lo que Bidart Campos, denomina el derecho constitucional de la libertad y la expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica” (Bazán, Víctor “Los derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina” Boletín Mexicano de Derecho Comparado n° 108, pág 768)

“La cláusula citada implica el reconocimiento directo y automático de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, o sea que es “operativa” con el sentido de que el Congreso no podría negar ese reconocimiento. Se trata de lo que en doctrina constitucional se denomina el contenido esencial que, como mínimo debe darse por aplicable siempre, aún a falta de desarrollo legislativo” (Bidart Campos, Germán “Informe al INAI. Instituto de Investigaciones Jurídica Dr. Ambrosio Rioja” Facultad de Derecho UBA 3-10-96)

No debemos olvidar además que si bien el artículo 75 inc, 17 se encuentra en la Parte Orgánica, también contamos allí con los incs 18 y 19 que son normas de contenido extrapreambular, que también consagran derechos de los habitantes y deberes del Estado para con ellos.

El reconocimiento de los derechos del aborigen, resulta compatible con la Declaración Universal de Derecho Humanos y el mismo es un principio fundamental para lograr la integración e igualdad de oportunidades.

“Este reconocimiento en la letra constitucional, resulta esencial en relación con la adopción de futuras medidas de acción positivas, que aseguren a los miembros de dichos pueblos, gozar en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorgue a los demás miembros de la población...como bien los expresa la ley 24071, de “Aprobación del Convenio n° 169 de la OIT:” (cfr. Convencional Lipszyc, op cit nota 47 T VII pág 7138)

Cabe destacar también que la operatividad del art 75 inc, 17 de la CN, ha sido reconocida por la CSJN en la causa “Comunidad indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi” (sentencia del año 2002) así como también por la Comisión de Expertos de la OIT en la Observación del año 1999 al expresar que “dicha norma constitucional...es operativa y debe darse por aplicable” (documento 061999ARG107)

F) IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

De acuerdo a los precedentes sentados por la CSJN en las causa “Ekmedjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo” ya citado, “Fibrica Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (CSJN Fallos 316:1669) y “Cafés La Virginia SA “ (Fallos 317:1882) (los dos primeros anteriores a la reforma constitucional) determinaron, adoptando una postura monista, y por aplicación el art 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derechos de los Tratados “la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno” en tanto no se vulneren los principios del derecho público constitucionales conforme art 27 de la CN.

“No debe olvidarse que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional y como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, a los derechos consagrados en los tratados internacionales que menciona el art 75 inc, 22” (CSJN “Gabrielli” 5-7-96 y “Chocobar” 27-12-96 LL 1996-E-617 y 1997-B-247) “en las condiciones de su vigencia, tal como el tratado efectivamente rige en el ámbito internacional “ (CSJN “Giroldi” 7-4-95 LL 1995-D-462) o sea conforme el mismo obliga a nuestro país ante el resto de las naciones, (con las reservas y declaraciones interpretativas que se hubieran formulado) lo cual ha significado ubicar a aquéllos en el nivel más alto de nuestro sistema jurídico integrando el “higher law” argentino y ejerciendo un efecto irradiación sobre todas las normas positivas al pasar los mismos a formar parte del “sistema material de valores iusfundamental” (Cfr. Convencional Rodolfo Barra, op cit nota 47 T V pág 5194), toda vez que por otro lado la incorporación de tales instrumentos ha significado que el propio Estado ha quedado internacionalmente obligado “a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales los apliquen a los supuestos que ellos contemplan” (CSJN causa “Ekmedjian”) asumiendo igualmente el compromiso de respetar los derechos reconocidos en aquéllos y de garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos, a través de la adopción de “las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos” (CSJ Santa Fe 12-8-98 “ I.M. Aborto provocado s/ recurso de inconstitucionalidad” LL 1998-E-335)

En este aspecto resulta de interés la opinión de Bidart Campos, quien sostiene que “...los tratados sobre derechos humanos, si bien responden a la tipología de los

tratados internacionales, son tratados destinados a obligar a los Estados Parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman parte de la población de tales Estados". (Bidart Campos, Germán . "El art 75 inc. 22 de la Constitución y los Derechos Humanos" pág 77/78)

PRAXIS INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Es importante recordar que las decisiones emanadas de organismos internacionales, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta de fundamental importancia, por cuanto nos dan la pauta en cuanto al modo en que ciertos instrumentos de derechos humanos (por ejemplo Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio 169 de la OIT) rigen en el ámbito internacional, resultando una guía para la interpretación de los preceptos convencionales máxime cuando no se puede soslayar que la omisión de respetar los derechos de los pueblos originarios más allá de entrañar una violación a la norma de derecho interno constitucional, es susceptible de generar responsabilidad internacional, circunstancia que se potencia si se tiene en cuenta que en nuestra Constitución formal, como principio general, se ha establecido la prevalencia sobre las leyes internas de los tratados concluidos con las demás naciones, y con las organizaciones internacionales, y paralelamente se ha dotado de jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Consecuentemente, no es posible desentenderse de la relevancia de los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, respecto de cuya cotización jurídica la CSJN ha descripto una trayectoria ondulante. En efecto, siguiendo los lineamientos de la causa "Giroldi, Horacio David y otros s/ recurso de casación" (Fallos 318:514) y en "Bramajo, Hernán

(Fallos 319:1840)” adjudicó la calidad de guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque luego pareciera haber plasmado un repliegue de la amplia posición primigenia cuando en la causa “Acosta, Claudia B” (Fallos 321:1328) aclaró que , si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales , aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces, el de dar cumplimiento a su contenido , al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Esta última visión del Alto Tribunal nacional fue confirmada en “Felicetti, Roberto y otros “ (Fallos 323:4130)

El Estado argentino no debe olvidar que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Corolario de ello es que la operatividad del art 75 inc, 17 de la CN, resulta indubitable, y si bien estos derechos reconocidos por el Constituyente ya se encontraban incorporados como implícitos en el art 33 de la Ley Suprema, como consecuencia de tratarse no sólo de derechos naturales y esenciales de los pueblos originarios, los instrumentos internacionales reguladores del tópico, y esencialmente el Convenio 169 de al OIT, aún cuando su ratificación fue posterior a la reforma constitucional , ya que ello acaeció en el año 2000, implicaba que el Estado argentino estaba reconociendo como propio de los pueblos originarios una gama de derechos que luego vino a consolidarse en la CN.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Como señala Juan Carlos Hitters (“Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación” LL 2009-D-1205) *“el control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local, y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens, o de la jurisprudencia de la CIDH, y luego esa tarea debe ser ejercida por dicho tribunal, si es que el caso llega a sus estrados. Como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo, algunos de los magistrados de la CIDH, dicho cuerpo ejercita lo que se ha dado en llamar a partir del caso “Myrna Mack Chang” (25-11-03) el “control de convencionalidad” lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica, y otras convenciones a las que nuestro país, se ha plegado, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo... en otras palabras, los órganos del poder judicial, deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad “ex officio” entre las normas internas y la Convención Americana....De ello surge que la Corte regional no se ocupa por principio, de la legislación doméstica, sino que sólo escruta si la misma trasgredió la CADH (y otros tratados) y si advierte esta falencia así lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de los tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad internacional.*

En el caso “Almonacid Arellano” (26-9-06) la CIDH en pleno, sostuvo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado como el Pacto de San José, sus jueces, como parte del aparato estatal, también están sometidos a ello, lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención, no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de control de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial, debe tener en cuenta no sólo el Tratado, sino también, la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete último de la Convención”

Por su parte Néstor Sagüés (“Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema americano” LL 2010-1245) expresa que “la doctrina del control de convencionalidad, es uno de los más importantes instrumentos para elaborar un “jus commune” en materia de derechos humanos, dentro del sistema regional del Pacto de San José de Costa Rica, así como una penetración del derecho internacional público sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área. Merced a esta tesis, la Corte Interamericana, tiende a perfilarse también como un tribunal regional de casación, en orden a crear una jurisprudencia uniforme dentro de aquella temática... desempeña un doble papel... represivo, que obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso constitucionales) opuestas al referido Pacto, y a la interpretación que sobre el mismo ha realizado la CIDH. También tiene un papel constructivo, obligando a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la CIDH. Es la interpretación armonizante o adaptativa del derecho local con el Pacto, y la exégesis dada al Pacto por la CIDH. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido pacto y/o a la manera en que fue entendido por la CI.

Uno de los más rípidos puntos en esta materia, es la convivencia entre el control de convencionalidad y la doctrina del margen de apreciación nacional, según la cual en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo duro, esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos y otro más flexible y maleable que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión, y de aplicación, atendiendo a las posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencia. Así por ej, la idea de la moral pública, podría justificar ciertas regulaciones diferentes de derecho, tales como las de asociación o las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión.

Es decir, que ambas doctrinas no son incompatibles. En el caso argentino la CSJN en el caso “Mazzeo” (2007) aceptó la doctrina del control de convencionalidad expuesto por la CIDH, en “Almonacid Arellano”.

La SCBA el 20-10-2007 en la causa “Apoderado del MO.PO.BO, Apoderado del Mid c/ Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires”, fallo A 69391 aceptó también la tesis del control de convencionalidad.

Sobre el tópico, María Angélica Gelli, (“El valor de la Jurisprudencia Internacional” LL 2010-C-1192) ha destacado que “en el caso Mazzeo, sobre inconstitucionalidad de indultos por delitos de lesa humanidad, la CSJN sostuvo que el Poder Judicial, debe ejercer una especie de control de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea el Poder Judicial, debe tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH como intérprete último de la CADH”

Bianchi, Alberto (“Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad” LL 2010-E.1090) ha efectuado una recopilación de las opiniones vertidas sobre el tema destacando al respecto las de Bidart Campos y Susana Albanese quienes han sostenido que “se debe aplicar la interpretación de las normas convencionales surgida de los órganos de control internacional con aptitud de obrar, sin desnaturalizarla, porque ello forma parte de las obligaciones estaduales, asumidas al momento de ratificar los tratados, por otra parte, es la práctica seguida por los Estados en la materia” (JA 1999-II-357)

Así como también la opinión de J.C. Hitters al expresar que “coincidimos con los autores antedichos, en los vinculantes efectos que tienen para los jueces del derecho interno, las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José” (LL 2008-E-1169)

Néstor Sagüés, señala que “la CI destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la CI y sin diferenciar entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos) o en opiniones consultivas. En otras palabras el material normativo controlante está conformado por las cláusulas del PSJCR, más la exégesis que de ellas ha hecho la CI. De hecho, esta tesis, importa una interpretación putativa por adición realizada sobre el Pacto por la CI, en su condición de intérprete definitivo del mismo” (LL 2009-B-761)

Andrés Gil Domínguez, explica la cuestión desde la llamada “regla de reconocimiento” y dice “que cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de la Constitución, invita a una fuente externa conformada por los instrumentos internacionales, sobre derechos humanos respetando la lógica de su funcionamiento, el espacio normativo que sirve como parámetro de validez de las

normas inferiores, es habitado por el control de constitucionalidad (proveniente de la fuente interna) y el control de convencionalidad (proveniente de la fuente externa) (“Escritos de Constitucionalismo” pág 116)

Finalmente Víctor Bazán destaca que “la CIDH impone a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos vis à vis, la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto, sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano, que como se sabe, es el intérprete último de aquél. Realiza así la operatividad de la pauta, de interpretación conforme a la CADH, como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales, (incluso de oficio) dinámica en la que subyace la idea de retroalimentación del control de constitucionalidad y de convencionalidad” (LL 2009-E-1240)”

En virtud de lo expuesto, advertimos sobre la importancia de este tema, en cuanto al respeto que debe darse al art 75 inc, 17 de la CN, en su correlación no sólo con la CADH, y otros tratados internacionales de Derechos Humanos, así como el Convenio 169 de la OIT, a fin de evitar la consiguiente responsabilidad internacional por violación a los mismos.

JERARQUIA DE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN LA CONSTITUCION NACIONAL

El art 31 de la CN prescribe: “Esta Constitución, las leyes de la Nación, que en su consecuencia se dicten y los TRATADOS CON LAS POTENCIAS EXTRANJERAS, son ley suprema de la Nación.....”. Por su parte el art 75 inc. 22 del mismo cuerpo normativo señala que es facultad del Congreso “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, y los Concordados con la Santa Sede. LOS TRATADOS Y CONCORDATOS TIENEN JERARQUIA SUPERIOR A LAS LEYES....” (esta última expresión, es una manifestación concreta expresada por el constituyente en relación a la categoría que le asigna a los Tratados Internacionales)

Ahora bien, existe alguna diferencia cualitativa en relación a los tratados enunciados en ambos preceptos, o se trata de una aclaración o complementación semántica?

Prima facie, considero que los instrumentos a los que se refieren dichas normas, son idénticas, es decir, aquellos Tratados que están por debajo de la Constitución y los

Tratados con Jerarquía Constitucional, y desde otro ángulo, por encima de las leyes y que estas últimas deben respetar.

Sin lugar a dudas, ambos preceptos se articulan armónicamente.

Sólo los Tratados enunciados en forma expresa en el art 75 inc, 22 de la CN, tienen supremacía por encima de los restantes instrumentos internacionales, situación esta que si bien ya prevista por el art 31 de la Ley Suprema, la reforma constitucional de 1994, vino a consolidar al destacar a su vez que están por encima de las leyes.

Por supuesto, que nos estamos refiriendo a aquellos tratados que en virtud del art 99 inc, 11 de la Carta Magna, el PEN negocia, celebra, o concierta, el PL aprueba (mediante ley) para su ingreso al derecho interno de la República Argentina, (control político) y luego el PEN ratifica (firma), cumpliendo con los demás trámites internacionales para comunicar a los respectivos Estados o a los organismos internacionales que la República Argentina se ha obligado en virtud de la convención de que se trate., y es operativo después de su publicación y desde la fecha que determina, o a los ocho días de su publicación en el BO (art 2 C. Civil)

En palabras de Gelly, y que considero respalda mi postura, “después de efectuada la reforma de 1994, el art 31 de la CN, en punto a las relaciones jerárquicas entre tratados y leyes de la Nación, encontró su quicio, en el art 75 inc, 22 de la Ley Suprema. Esta disposición, despejó las dudas interpretativas y dispuso que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes” (cfr. Gelly, María A. “Constitución de la Nación Argentina” T I, pág 478), con lo cual, la Convención Reformadora, mantuvo la superioridad de los tratados por sobre las leyes, que dicho sea de paso, no era más que el principio que emanaba del citado art 31 de la CN, el cual además de consagrar la supremacía constitucional, hace lo propio con la jerarquía de las fuentes del derecho.

Tal circunstancia además había sido ratificada ya por la CSJN en la causa “Ekmedjian c/ Sofovich”, por aplicación del art 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, al señalar que el Estado Parte, no podía invocar su derecho interno para incumplir la Convención.

Ello implica entonces, al decir de Badeni, que un Tratado deroga, expresa o implícitamente a toda ley y norma de inferior jerarquía que se oponga a su contenido.

Por su parte, y en relación al tema que nos convoca, Sagüés, destaca que “con la expresión tratados, se involucra a todos los acuerdos, pactos, convenios y convenciones internacionales” (cfr. Sagüés, Pedro N. “Elementos de Derecho Constitucional” T I pág 263) con lo cual quedan involucrados los convenios de la OIT, los que deben ser considerados tales por derivación del art 5 de la Convención de Viena, al decir que la misma se aplica a aquellos acuerdos celebrados ante organismos internacionales, como es el caso de los referidos convenios, que revisten consecuentemente la categoría de tratados (doctrina que también emana del art 75 inc. 22 CN)

Al respecto señala concretamente el autor citado que “la reforma constitucional de 1994 definió el tema en el sentido de que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (art 75 inc, 22) y entre estos tratados cabe incluir a los convenios de la OIT aprobados legislativamente “ (cfr. Sagüés, op cit pág 273) Adhieren a esta postura Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, (Derecho Constitucional Argentino” T I pág 527)

Y como consecuencia de ello “luego de la sanción de la ley 19835 que aprobó la Convención de Viena sobre los tratados, un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado

(art 27) salvo que hubiese violado de modo manifiesto una norma de importancia fundamental de ese derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados. Como resultado la Argentina no podría eximirse del cumplimiento de un tratado alegando que es inconstitucional, salvo que invocase un vicio constitucional manifiesto en materia de competencia para celebrarlo “ (cfr. Sagüés, op cit pág 264)

En virtud de la redacción del art 75 inc, 22 de la CN “en un nivel infraconstitucional pero suprallegal se encuentran los tratados y concordatos. La redacción del primer párrafo del inc. 22 art 75 de la CN, no deja duda alguna en el sentido que los convenios de la OIT se encuentran incluidos dentro de los tratados a que alude tal disposición. Si la primera oración alude a los tratados concluidos con las demás naciones, y con los organismos internacionales, el segundo enunciado obviamente está haciendo referencia para otorgarle rango suprallegal, a aquellos tratados: los celebrados con otras naciones y con organismos internacionales.

En consecuencia, dichos pactos, constituyen fuente de Derecho Internacional Público, con naturaleza superior a las leyes.

La integración superadora y sistemática para el futuro respecto del juego armónico del art 31 y del art 75 inc. 22 CN, establece que el primero se refiere al conjunto de normas que integran el orden jurídico federal por sobre el de las provincias, antes que un orden de prelación hacia el interior de ese sistema federal, con lo que pasa a ser la segunda norma (art 75 inc, 22) lo que resitúa la relación entre las fuentes o el lugar jerárquico del Derecho Internacional Público “(cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” pág 81/82)

Complementando lo expuesto, la CSJN señaló que “la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales, frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Que la necesaria aplicación del art 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino, asigna primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna, contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del Tratado internacional, en los términos del citado art 27” (cfr. “Ekmedjian c/ Sofovich) y toda vez que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, la necesaria aplicación de este artículo, impone a los organismos del Estado Argentino, -una vez asegurados los principios del derecho público constitucional- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto, con cualquier norma interna contraria” (CSJN “Fibraca Constructora SCA C/ Comisión Técnico Mixta de Salto Grande” y “Cafés La Virginia”)

De ello se desprende la superioridad jerárquica y la necesidad de adaptar la normativa interna a aquellos.

Claro está que muchas veces, cuestiones económicas o políticas, tornan inconvenientes el aguijón que pesa sobre el orden jurídico interno y que porta un convenio de la OIT. De allí la posibilidad de denunciarlo permitiendo dictar, como expresaba Trasímaco, las leyes que más convengan al gobierno de turno.

“La Corte ha aceptado y aplicado el carácter autoejecutivo de normas internacionales sin que se tratara de cuestiones de Derechos Humanos. Lo que importa

realmente es el carácter de la norma y su potencia de operatividad propio. Donde la Jurisprudencia de la Corte ha avanzado es en la interpretación ampliada de este potencial, y si bien ello se justifica plenamente en relación con los Derechos Humanos, también puede aplicarse a otros casos. Los convenios de la OIT, entran perfectamente en esta consideración...más aún tratándose de los convenios pertenecientes a la categoría de Derechos Humanos.....” (op cit pág 469/470) El autor cita a modo de ejemplo el convenio sobre discriminación (nº 111) y ello puede equipararse a nuestro modo de ver al Convenio que sobre el mismo tema incorpora el art 75 inc, 22 de la CN. Por otra parte todos los convenios de la OIT, contemplan tópicos contenidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional.

“La jerarquía suprallegal de los convenios ratificados de la OIT, implícita en el fallo “Ekmedjian”, confirmada por la reforma constitucional de 1994, implica que tales instrumentos ocupan ahora una posición superior a las leyes, sean estas anteriores o posteriores a la ratificación. En consecuencia, una disposición legal contraria a una norma de la OIT, puede ser atacada por inconstitucional o quedar sin efecto. Cabrían entonces dos posibilidades: por un lado, la suplantación de la norma nacional por la internacional..... o bien, la inaplicación de la norma nacional surgiendo así una nueva dimensión para los convenios de la OIT, con respecto a su aplicación en el orden interno que les dará mayor eficacia tanto frente al Estado como entre las partes de la relación laboral “ (op cit pág 473)

Corolario de todo lo expuesto es que los convenios de la OIT, no sólo forman parte del orden jurídico con carácter infraconstitucional, pero suprallegal.

¿QUÉ PROYECTOS PUEDEN SER CONSIDERADOS EN ESTA MATERIA?

a) “Las Bases para una Constitución Latinoamericana y el Caribe”

elaborada por el Equipo Federal de Trabajo de la República Argentina de la cual el suscripto ha sido parte, en su TITULO III, ART 165 “DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS” se prevé un amplio contenido normativo de protección para todos los originarios de América Latina, que puede ser considerado como instrumento supranacional, a ser considerado como una mayor garantía de los derechos de estos pueblos.

Se transcribe a continuación el precepto.

“Los países latinoamericanos, a través de la presente Constitución, y sin perjuicio de lo expresado en las propias Constituciones locales, reconocen, respetan y protegen los siguientes derechos de los pueblos originarios: preexistencia étnica y cultural, identidad y comosmovisión, así como la libre determinación y autonomía, la

personalidad jurídica de sus comunidades, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, lo cual se efectivizará mediante la ley que instrumente cada país, y en base a títulos perfectos, señalando que las mismas no serán enajenables, transmisibles, ni susceptibles de gravámenes o embargos.

Se asegura la participación en la gestión referida a sus recursos naturales, debiendo ser consultados sobre planes de explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras, conservando y promoviendo la biodiversidad y el entorno natural.

Se reconoce el derecho a la educación bilingüe e intercultural, así como a sus valores, lenguas, usos o costumbres, siempre que no sean contrarios a la moral y al ordenamiento jurídico de cada Estado, a la protección de sus conocimientos de medicina tradicional, a la participación mediante representantes en organismos oficiales determinados por la ley.

Tienen derecho a acceder a la jurisdicción del Estado pudiendo ser asistidos por intérpretes y defensores, establecer órganos de administración y justicia en tanto no sean incompatibles con los previstos por las leyes de cada país, pudiendo aplicar en los conflictos jurisdiccionales, el derecho consuetudinario indígena. Las instancias judiciales se harán en base a sus tradiciones ancestrales, y que sólo afecten a sus integrantes según sus propias normas y procedimientos, en tanto no sean contrarios a esta Constitución, a las Constituciones locales, a los Instrumentos Internacionales, a la ley interna y al orden público de cada país. Pueden disponer de sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa.

Se les asegura el acceso efectivo a los servicios de salud mediante un sistema de cobertura de medicina tradicional.

Pueden usar símbolos y emblemas que los identifiquen. “

La lucha por la defensa y el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, no sólo no ha terminado, sino que tiene un amplio camino por recorrer en la medida que se encuentran en gestación diversos proyectos a nivel internacional, cuyo objetivo es garantizar los derechos de este sector minoritario de la población nativa de estas tierras.

Y sin lugar a dudas, la concreción de los mismos, reforzarían aún más la operatividad de nuestro art 75 inc 17 de la CN.

**b) DECLARACION SOBRE LA RAZA Y PREJUICIOS RACIALES
APROBADA Y PROCLAMADA POR LA CONFERENCIA GENERAL
DE LA O.N.U. PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA,
REUNIDA EN PARIS EN SU VIGESIMA REUNION, EL 27 DE
NOVIEMBRE DE 1978.**

ARTICULO 1°

- 1) *Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tiene el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad.*
- 2) *Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho, ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema del racismo.*
- 3) *La identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas , del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural.*
- 4) *Todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual, técnico, social, económico, cultural y político.*
- 5) *Las diferencias entre las realizaciones de los diferentes pueblos se explican enteramente por factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociales y culturales. Estas diferencias no pueden en ningún caso servir de pretexto a cualquier clasificación jerarquizada de las naciones y los pueblos.*

ARTICULO 2.

- 1) *“Toda teoría que invoque una superioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad.*
- 2) *El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias, y prácticas discriminatorias así como por medio de creencias y actos antisociales; obstaculiza el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos, es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional, y por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales.*
- 3) *El prejuicio racial, históricamente vinculado a las desigualdades de poder, que tiende a agudizarse a causa de las diferencias económicas y sociales entre los individuos y los grupos humanos, y a justificar, todavía hoy, esas desigualdades está solamente desprovisto de fundamento.”*

ARTICULO 3.

“Es incompatible con las exigencias de un orden internacional justo y que garantice el respeto de los derechos humanos, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, el origen étnico o nacional, o la intolerancia religiosa motivada por considerarse racistas, que destruye y

compromete la igualdad soberana de los Estados y el derecho de los pueblos a la libre determinación y que limita de un modo arbitrario o discriminatorio el derecho al desarrollo integral de todos los seres y grupos humanos; este derecho implica un acceso en plena igualdad a los medios de progreso y de realización colectiva e individual en un clima de respeto por los valores de la civilización y las culturas nacionales y universales. “

ARTICULO 4

- 1) *Toda traba a la libre realización de los seres humanos y a la libre comunicación entre ellos, fundada en consideraciones raciales o étnicas es contraria al principio de igualdad en dignidad y derechos, y es inadmisibile.*
- 2) *El apartheid es una de las violaciones más graves de ese principio, y como el genocidio, constituye un crimen contra la humanidad que perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales.*
- 3) *Hay otras políticas y prácticas de segregación y discriminación raciales que constituyen crímenes contra la conciencia y la dignidad de la humanidad, y pueden crear tensiones políticas y perturbar gravemente la paz y la seguridad internacionales.*

.....

ARTICULO 6

- 1) *El Estado asume responsabilidades primordiales en la aplicación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por todos los individuos y todos los grupos humanos en condiciones de plena igualdad de dignidad y derechos.*
- 2) *En el marco de su competencia y de conformidad con sus disposiciones constitucionales, el Estado debería tomar todas las medidas adecuadas, incluso por vía legislativa, sobre todo en las esferas de la educación, la cultura y la información, con el fin de prevenir , prohibir y eliminar el racismo , la propaganda racista,*

la segregación racial y el apartheid, así como de fomentar la difusión de conocimientos y de los resultados de investigaciones pertinentes en materia de ciencias naturales y sociales sobre las causas y la prevención de los prejuicios raciales y de las actitudes racistas, teniendo debidamente en cuenta los principios formulados en la D.U.D.H. y en el P.I.D.C.P.

- 3) *Dado que la legislación que proscribe la discriminación racial, puede no bastar por sí sola para lograr tales fines, corresponderá también al Estado completarla mediante un aparato administrativo encargo de investigar sistemáticamente los casos de discriminación racial, mediante una gama completa de recursos jurídicos contra los actos de discriminación racial y por medio de programas de educación y de investigación de gran alcance destinados a luchar contra los prejuicios raciales y la discriminación racial , así como mediante programas de medidas positivas de orden político, social, educativo y cultural adecuadas para promover un verdadero respeto mutuo entre los grupos humanos. Cuando las circunstancias los justifiquen deberán aplicarse programas especiales para promover la mejora de la situación de los grupos menos favorecidos y, cuando se trate de nacionales, para lograr su participación eficaz en los proceso decisorios de la comunidad.*

ARTICULO 7.

Junto a las medidas política, económicas y sociales, el derecho constituye uno de los principales medios de conseguir la igualdad, en dignidad y en derechos, entre los individuos y de reprimir toda propaganda, toda organización y toda práctica que se inspiren en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de grupos raciales o étnicos o que pretendan justificar o estimular cualquier forma de odio y de discriminación raciales. Los Estados deberán tomar medidas jurídicas apropiadas y velar por que todos sus servicios las cumplan y apliquen teniendo debidamente en cuenta los principios formulados en la D.U.D.H. Esas medidas jurídicas deben

insertarse en un marco político, económico y social adecuado para favorecer su aplicación. Los individuos y las demás entidades jurídicas, públicas o privadas, deberán observarlas y contribuir por todos los medios adecuados a su comprensión y puesta en práctica por toda la población.

.....

ARTICULO 9

- 1) El principio de la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y de todos los pueblos, cualquiera sea su raza, su color y su origen, es un principio generalmente aceptado y reconocido por el derecho internacional. En consecuencia, toda forma de discriminación racial practicada por el Estado constituye una violación del derecho internacional que entraña su responsabilidad internacional.*
- 2) Deben tomarse medidas especiales a fin de garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, dondequiera que ello sea necesario, evitando dar a esa medidas un carácter que pudiera parecer discriminatorio en el plano racial. A este respecto, se deberá prestar una atención particular a los grupos raciales o étnicos social o económicamente desfavorecidos, a fin de garantizarles en un plano de total igualdad y sin discriminaciones ni restricciones, la protección de las leyes y los reglamentos, así como los beneficios de las medidas sociales en vigor, en particular en lo que respecta al alojamiento, al empleo y a la salud, de respetar la autenticidad de su cultura y de sus valores, y de facilitar , especialmente por medio de la educación, su promoción social y profesional.*

.....

c) DECLARACION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A MINORIAS NACIONALES O ETNICAS, RELIGIOSAS O LINGÜÍSTICAS, APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL EN SU RESOLUCION 47/135 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1992 (O.N.U.)

ARTICULO 1

- 1) Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos, y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.*
- 2) Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos.*

ARTICULO 2

- 1) Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.*
- 2) Las personas pertenecientes a minorías tenderán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública.*
- 3) Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con al legislación nacional.*

- 4) *Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones.*
- 5) *Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ningún tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactoss transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos , religiosos o lingüísticos.*

ARTICULO 3

- 1) *Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna.*
- 2) *Las personas pertenecientes a minorías no sufrirán ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración.*

ARTICULO 4

- 1) *Los Estados adoptarán las medidas necesarias parra garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.*
- 2) *Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la*

legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

- 3) *Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno.*
- 4) *Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto.*
- 5) *Los Estados deberán examinar medidas apropiadas de modo que las personas pertenecientes a minorías puedan participar plenamente en el progreso y el desarrollo económicos de su país.*

ARTICULO 5

- 1) *Las políticas y programas nacionales se planificarán y ejecutarán teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.*
- 2) *Los programas de cooperación y asistencia entre los Estados deberán planificarse y ejecutarse teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.*

ARTICULO 6

Los Estados deberán cooperar en las cuestiones relativas a las personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas, el intercambio de información y de experiencia, con el fin de promover la comprensión y la confianza mutuas.

ARTICULO 7

Los Estados deberán cooperar a fin de promover el respeto por los derechos enunciados en la presente Declaración.

ARTICULO 8

- 1) Ninguna de las disposiciones de la presente Declaración impedirá el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con las personas pertenecientes a minorías. En particular, los Estados cumplirán de buena fe, las obligaciones y los compromisos contraídos en virtud de los tratados y acuerdos internacionales en que sean partes.*
- 2) El ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración se entenderá sin perjuicio del disfrute por todas las personas de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente.*
- 3) Las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos enunciados en la presente Declaración no deberán considerarse prima facie contrarias al principio de igualdad enunciado en la D.U.D.H.*

ARTICULO 9

Los organismos especializados y demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas contribuirán a la plena realización de los derechos y principios enunciados en la presente Declaración, en sus respectivas esferas de competencia.

d) DECLARACION DE LA O.N.U. SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS (Aprobada por Asamblea General el 13-9-07)



Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en

particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de 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 los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a

participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar 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 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no

indígenas sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

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 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente Declaración.
2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.
2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos

aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
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 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de 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.

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Artículo 43

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.

Artículo 44

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

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá

en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.

e) PROYECTO DE DECLARACION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS. (APROBADA POR LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EL 27 DE FEBRERO DE 1997, EN SESION 1333^a, DURANTE SU PERIODO ORDINARIO DE SESIONES)

SECCION PRIMERA. PUEBLOS INDIGENAS

ARTICULO I. AMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

- 1. Esta Declaración se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales.*
- 2. La autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente Declaración.*
- 3. La utilización del término “pueblos “ en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional.*

SECCION SEGUNDA. DERECHOS HUMANOS

ARTICULO II. PLENA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en la Carta de la OEA , D.A.D.D.H., C.A.D.H. y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar , restringir o negar en manera alguna esos derechos , o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros. En ese sentido los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas inter alia a su actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguas.*
- 3. Los Estados asegurarán el pleno goce de sus derechos a todos los pueblos indígenas, y con arreglo a sus procedimientos constitucionales, adoptarán las medidas legislativas y de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.*

ARTICULO III. DERECHO A PERTENECER A PUEBLOS INDIGENAS

Los individuos y comunidades indígenas tienen derecho a pertenecer a los pueblos indígenas de acuerdo con las tradiciones y costumbres de los pueblos respectivos.

ARTICULO IV. PERSONALIDAD JURIDICA

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los Estados dentro de sus sistemas legales, les reconozcan plena personalidad jurídica.

ARTICULO V. RECHAZO A LA ASIMILACION

1. *Los pueblos indígenas tendrán derecho a preservar, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento de asimilación.*
2. *Los Estados no adoptarán, apoyarán o favorecerán política alguna de asimilación artificial o forzosa, de destrucción de una cultura, o que implique posibilidad alguna de exterminio de un pueblo indígena.*

ARTICULO VI. GARANTIAS ESPECIALES CONTRA LA DISCRIMINACION

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a garantías especiales contra la discriminación que puedan ser requeridas para el pleno goce de los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente, así como a las medidas necesarias, para permitir a las mujeres, hombres y niños indígenas, ejercer sin discriminación, derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y espirituales. Los Estados reconocen que la violencia ejercida sobre las personas por razones de género o edad impide y anula el ejercicio de esos derechos.*
2. *Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente en la determinación de esas garantías.*

.....

SECCION CUARTA. DERECHOS ORGANIZATIVOS Y POLITICOS.

ARTICULO XIV. DERECHOS DE ASOCIACION, REUNION, LIBERTAD DE EXPRESION Y PENSAMIENTO

1. *Los pueblos indígenas tienen los derechos de asociación, reunión y expresión de acuerdo a sus valores, usos, costumbres, tradiciones ancestrales, creencias y religiones.*
2. *Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse y al uso por ellos de sus espacios sagrados y ceremoniales, así como el derecho a mantener contacto*

pleno y actividades comunes con sus miembros que habiten el territorio de Estados vecinos.

ARTICULO XV. DERECHO AL AUTOGOBIERNO

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual, y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en los relativo a , inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras, recursos, medio ambiente e ingreso de no miembros; así como a determinar los recursos y los medios para financiar estas funciones autónomas.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a participar sin discriminación en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrán hacerlo directamente o a través de representantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán también el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.*

.....

ARTICULO XVII. INCORPORACION NACIONAL DE LOS SISTEMAS LEGALES Y ORGANIZATIVOS INDIGENAS

- 1. Los Estados facilitarán la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos.*
- 2. Las instituciones relevantes de cada estado que sirvan a los pueblos indígenas serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover su identidad, cultura, tradiciones, organización, y valores de esos pueblos.*

SECCION QUINTA. DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y DE PROPIEDAD.

ARTICULO XVIII. FORMAS TRADICIONALES DE PROPIEDAD Y SUPERVIVENCIA CULTURAL. DERECHO A TIERRAS Y TERRITORIOS.

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de posesión, dominio y disfrute de territorios y propiedad.*
2. *Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras y territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como el uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.*
3. *i. Sujeto a lo prescripto en 3ii., cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, éstos deberán reconocer dichos títulos como permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables.*
 - i. Dichos títulos serán sólo modificables de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo con pleno conocimiento y comprensión por éstos de la naturaleza y atributos de dicha propiedad.*
 - ii. Nada en 3.i debe interpretarse en el sentido de limitar el derecho de los pueblos indígenas para atribuir la titularidad dentro de la comunidad de acuerdo con sus costumbres, tradiciones, usos y prácticas tradicionales, ni afectará cualquier derecho comunitario colectivo sobre los mismos.*
4. *Los pueblos indígenas tienen derecho a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras , inclusive sobre la capacidad de usar, administrar , y conservar dichos recursos , y con respecto a los usos tradicionales de sus tierras y sus intereses en tierras y recursos , como los de subsistencia.*
5. *En caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales, o de los recursos del subsuelo, o que tenga derechos sobre otros recursos existentes sobre las tierras, los Estados deberán establecer o mantener*

procedimientos para la participación de los pueblos interesados en determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

- 6. A menos que justificadas circunstancias de interés público lo hagan necesario, los Estados no podrán trasladar o reubicar a pueblos indígenas, sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de dichos pueblos; y en todos los casos con indemnización previa y el inmediato reemplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento.*
- 7. Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de tierras, territorios y recursos de los que han tradicionalmente sido propietarios, ocupado o usado, y que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados; o de no ser posible la restitución, al derecho de indemnización sobre una base no menos favorable que el estándar de derecho internacional.*
- 8. Los Estados tomarán medidas de todo tipo, inclusive el uso de mecanismos de ejecución de la ley, para prevenir, impedir, y sancionar en su caso toda intrusión o uso de dichas tierras, por personas ajenas no autorizadas para arrogarse posesión o uso de las mismas. Los Estados darán máxima prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena.*

.....

SECCION SEXTA. PREVISIONES GENERALES

.....

ARTICULO XXIII.

Nada en este instrumento puede ser interpretado en el sentido de excluir o limitar derechos presentes o futuros que los pueblos indígenas puedan tener o adquirir.

ARTICULO XXIV.

Los derechos reconocidos en esta Declaración, constituyen el mínimo estándar para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas.

.....

f) DECLARACION DE KYOTO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE EL AGUA (TERCER FORO MUNCIAL DEL AGUA, KYOTO, JAPON, 18-3-2003)

NUESTRA RELACION CON EL AGUA

- 1. Nosotros, los pueblos indígenas de todas las partes del mundo, reunidos aquí, reafirmamos nuestra relación con la Madre Tierra y nuestra responsabilidad, ante las generaciones futuras, de levantar nuestras voces en solidaridad y proclamar la necesidad de proteger el agua. Nos han puesto en este mundo, a cada uno en su propia tierra y territorio tradicional sagrado, para cuidar toda la creación y el agua.*
- 2. Reconocemos, honramos y respetamos el agua como un elemento sagrado que sostiene toda la vida. Nuestros conocimientos, leyes y formas de vida tradicionales nos enseñan a ser responsables, cuidando este obsequio sagrado que conecta toda la vida.*
- 3. La relación que tenemos con nuestras tierras, territorios y el agua constituye la base física, cultural, y espiritual de nuestra existencia. Esta relación con nuestra Madre Tierra nos obliga a conservar nuestra agua dulce y mares para la supervivencia de las generaciones del presente y del futuro. Asumimos nuestro rol como guardianes, con derechos y responsabilidades, que defienden y garantizan la protección, disponibilidad y pureza del agua. Nos unimos para respetar e implementar nuestros*

conocimientos y leyes tradicionales, y ejercer nuestro derecho a la libre determinación para preservar el agua y la vida.

.....

EL DERECHO AL AGUA Y LA LIBRE DETERMINACION.

- 1. Nosotros, los Pueblos indígenas tenemos el derecho a la libre determinación. En virtud de lo mismo, tenemos el derecho al libre ejercicio de la plena autoridad y control sobre nuestros recursos naturales, lo que incluye el agua. También nos referimos a nuestro derecho a la soberanía permanente en relación con todos estos recursos naturales.*
- 2. La libre determinación para los Pueblos indígenas significa el derecho de controlar nuestras instituciones, territorios, recursos, estructuras sociales y culturas, sin ninguna dominación o interferencia externa.*
- 3. La libre determinación incluye la práctica de nuestras relaciones culturales y espirituales con el agua y el ejercicio de nuestra autoridad de gobernar, usar , gestionar , regular, recuperar , conservar , mejorar y renovar nuestras fuentes de agua, sin interferencia.*
- 4. De acuerdo con el derecho internacional se reconoce que los Pueblos indígenas tienen el derecho a:*
 - ✓ la libre determinación;*
 - ✓ la propiedad, control y gestión de nuestros territorios y tierras tradicionales y recursos naturales,*
 - ✓ el ejercicio de nuestro derecho consuetudinario.*
 - ✓ representarnos a través de nuestras propias instituciones.*
 - ✓ que se requiera el consentimiento previo , libre e informado al desarrollo en nuestras tierras*
 - ✓ a controlar nuestros conocimientos tradicionales y participar en los beneficios de su uso.*
- 5. Los Estados miembros de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales de comercio, las instituciones de financiamiento internacionales, y regionales, y las agencias internacionales de cooperación*

económica tienen una obligación legal y moral de respetar y cumplir estos y otros derechos humanos colectivos conexos y libertades fundamentales. A pesar del reconocimiento internacional y universal de nuestro papel como guardianes de la Madre Tierra, los gobiernos y los intereses comerciales a nivel nacional e internacional, están negando y tergiversando sistemáticamente nuestros derechos a recuperar, administrar, proteger y desarrollar nuestros territorios, recursos naturales y sistemas acuáticos. Nuestros derechos a conservar, recrear y transmitir la totalidad de nuestro patrimonio cultural a las generaciones futuras y nuestro derecho humano de existir como pueblos, son cada vez más restringidos de manera alarmante, impedidos debidamente o negados en su totalidad.

g) DECLARACION Y PROGRAMA DE ACCOIN DE VIENA. CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (Viena, 14 a 25 de junio de 1993)

“5. Todos los derechos humanos, son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales..

.....

19. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esas personas.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reafirma la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad

con la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a su propia cultura, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma en público, y en privado, con toda libertad y sin injerencia ni discriminación alguna.

20. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

.....

VIA JUDICIAL DE RECLAMO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION.

Con respecto a la vía judicial adecuada para reclamar el cumplimiento de la normativa constitucional, y como podrá advertirse en los fallos que analizaremos “infra” la mayoría de ellos han transitado por la procedimiento del amparo, consagrado en el art 43 de la CN, y las correlativas provinciales, amén de la utilización de otros medios procesales, como ha sido la prescripción adquisitiva.

Más allá del resultado exitoso que ha tenido esta última, a mi entender, las comunidades que integran los Pueblos Originarios, ningún reclamo deben efectuar conforme a la normativa del C.C. por cuanto la propiedad comunitaria es un derecho

real consagrado en la ley Suprema, y consecuentemente, de un nivel mayor a cualquiera que pueda resultar del derecho común. Por otra parte, nadie puede prescribir adquisitivamente lo que ya le pertenece.

Además, los códigos procesales, por ser anteriores al reconocimiento constitucional, carecen de medios específicos adecuados para la protección de tal derecho.

Por ello, resulta eficaz, en consecuencia, la acción de amparo contra todo acto de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la CN, un tratado..., que normalmente están dados por ocupaciones indebidas de tierras y territorios habitados por dichos pueblos, o bien por actos consistentes en el desalojo de los mismos.

Sin embargo, la Carta Magna, reconoce también la posibilidad de ejercer la acción de amparo en el caso de “omisión de autoridades públicas” pudiendo incluso declararse la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, a lo que se puede agregar, simplemente la inconstitucionalidad de la omisión, máxime cuando el incumplimiento es de una norma de la propia Constitución, un Tratado con Jerarquía Constitucional, de un Convenio con carácter supralegal y la Doctrina Judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal omisión, que no pasa inadvertida, merece la máxima sanción que puede aplicar la judicatura, cual es la declaración de inconstitucionalidad de aquellos, tomando en consideración que la inconstitucionalidad por omisión no es actualmente una institución extraña a nuestro derecho positivo, habiéndose reconocido expresamente a tales fines la vía del amparo en el ordenamiento constitucional (art 43 C.N) según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Resulta indudable que toda postergación en cumplimentar el resguardo de los derechos consignados en la Carta Magna, deben ser sancionados, pero a nuestro entender no sólo con la inconstitucionalidad de la omisión, ya que ello tendría como contracara imponer el cumplimiento de la conducta determinada, sino además, por tratarse de poderes estatales, que están haciendo caso omiso de la Ley Suprema, con las sanciones legales pertinentes por violación consciente de esta última.

Nos hallamos sin lugar a dudas, ante un supuesto de responsabilidad del Estado por su actuación, o más bien su omisión en el campo del Derecho Público, aplicando en tal hipótesis la normativa administrativa, civil y penal prevista para los supuestos de daños ocasionados a los particulares que en el caso que tratamos son integrantes de los Pueblos Originarios.

Para ello tenemos en cuenta que conforme ha expresado la C.S.J.N, *“las garantías y los derechos existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagrados en la Constitución”* (Fallos 239:459)

Nos estamos refiriendo a una actuación del Estado, tanto nacional como provincial, ilegítimo, sustentado en la ilegalidad e irrazonabilidad que surge del incumplimiento de una normativa de rango constitucional, con lo cual este incumplimiento de la función tanto administrativa como legislativa, con fundamento en la “faute de service” del Derecho Francés, reemplaza la culpa por el funcionamiento defectuoso con la consiguiente responsabilidad.

Consecuentemente, el Estado resulta responsable, por falta de servicio en el cumplimiento regular de las obligaciones impuestas por la C.N. o en otras palabras por omisión antijurídica que lleva a las sanciones legales pertinentes por incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Si partimos de la base que nos encontramos en un Estado de Derecho, ello implica que el propio Estado, tanto nacional como provincial, se encuentra sometido al orden jurídico y a la legalidad, así como a la mora en el desempeño de su función, permitiendo a los jueces brindar el debido amparo a quienes se ven perjudicados por dichas circunstancias, ya que las normas constitucionales, “no son meras normas programáticas abstractas y etéreas declaraciones políticas.....como vacías afirmaciones demagógicas, sino que tienen el mayor valor normativo que les confiere la norma fundamental y por lo tanto vinculan a todos los habitantes y a todos los poderes públicos” (SCBA C 73996 del 29-5-02 con cita de Miguel Perales “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente” ed Civitas, Madrid 1997 pág 295)

Por ende, toda rémora de los poderes estatales, en cumplimentar sus deberes legales, en el caso de los Pueblos Originarios donde la presión inversora y los intereses económicos son los que impulsan la degradación de sus tierras y territorios,

expulsándolos de los mismos, resulta indiscutible que los funcionarios estatales, preservando a dichos habitantes amparados por la C.N. en su art 75 inc, 17, amén del resto de la normativa “supra” citada, deben cumplimentar de manera categórica los derechos que les han sido reconocidos por la Ley Suprema, y a los que nos hemos referido en el transcurso de la obra.

Esto nos lleva al comienzo de este acápite cuando señaláramos que la omisión de un deber constitucional, puede y debe ser declarado inconstitucional, no sólo por negarle a un habitante un derecho que le pertenece, sino también por vulnerar el art 2 de la CADH.

Como bien expresa Sagüés, *“la omisión en motorizar el tratado o convención es simultáneamente violación a una regla de rango constitucional.... Si la Constitución acepta la existencia y el vigor del derecho internacional, este último a través de reglas del ius cogens, (y también de la Convencion de Viena del Derecho de los Tratados) impone, en virtud de los principios internacionales de la buena fe, y del pacta sunt Servanda, la obligación del Estado, de ejecutar lealmente el instrumento internacional, de tal modo que la omisión de hacer esto último,....importaría... también violación... de la Constitución.*

También es cierto que en muchas hipótesis, el constituyente ha pecado de utopismo, consciente o inconsciente, prometiendo a los habitantes más beneficios que aquellos que racionalmente estaba en condiciones de declarar “Constitución-promesa en vez de Constitución-contrato), en función de las posibilidades materiales o culturales del medio. En tal sentido...a mayor saturación constitucional de derechos....imposibles de realización, mayor riesgo hay de inconstitucionalidad por omisión...que es un problema grave para la vigencia de los derechos humanos...” (Sagüés, Néstor “La interpretación judicial de la Constitución” (pág 131/138) (Editorial Lexis Nexos 2006)

En palabras del mismo autor, los remedios judiciales son la “motivación de la Constitución” mediante la cual “el Juez...extrae de la propia Ley Suprema los remedios del caso” (como el amparo)

Como bien expresa la CSJN en la causa A 996 XLI “Aceval Pllachi, Julio c/ Cía de Radiocomunicaciones Moviles SA” (28-6-2011) *“el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general lo cual*

significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual, consiste en ordenar la actividad intersubjetiva, de los miembros de la comunidad y los recursos con los que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. En función de ello, el análisis del plexo normativo aplicable al caso, no puede prescindir de lo que marca la máxima in dubio pro iustitia sociales, dado su carácter de principio inspirador y por ende guía de hermenéutica segura de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías...sociales establecidos constitucionalmente”

A la luz de lo expuesto, no puede dudarse como ya lo hemos reiterado en varios oportunidades, que la operatividad del art 75 inc, 17 de la C.N. avalado extrapreambularmente por los incs 18 y 19 del precepto citado, amén de los Tratados y Convenios Internacionales, sobre la materia, denota consecuentemente que el no cumplimiento inmediato de dicha normativa implica una omisión estatal que genera responsabilidad de sus funcionarios en sus distintas jerarquías, además de la vía del amparo como medio idóneo para lograr la efectivización del mandato constitucional tanto por acción como por omisión absoluta, resultando esta última inconstitucional.

No puede dudarse que esta situación atenta contra el Estado Constitucional, por cuanto importa ignorar plenamente y en forma consciente el mandato de la Carta Magna, debiendo caracterizar tal actitud como la de mayor arbitrariedad, ya que la inacción tanto del poder administrador como del legislativo, resultan constitucionalmente relevantes, en tanto ello implica inobservar un deber impuesto por la C.N.

Si tal como lo considera la doctrina judicial alemana, se trata de un mandato sustituable, corresponde que dicho cometido entonces sea cumplimentado a través de una orden judicial, como aquella que resulta de la acción de amparo que nuestra C.N. contempla en el art 43, pero que además, y tal como expresáramos anteriormente, debería llevar aparejada la sanción pertinente por responsabilidad o mejor dicho irresponsabilidad estatal en el cumplimiento de la norma constitucional, por un largo período todo lo que hace que el juez deba aplicarla inmediatamente.

Sobre la base de lo expuesto por la CSJN en el fallo citado precedentemente, tratándose de derechos fundamentales vinculados a la realidad social, su cumplimiento,

basado en un deber de protección de la clase de habitantes a que refiere el art 75 inc, 17 de la CN, resulta fundamental para que tal precepto tenga vigencia real, y o quede en cambio a un nivel ideal o formal.

“En definitiva, los derechos fundamentales, sólo pueden cumplir su función social, a través de la legislación, lo que deja meridianamente claro la trascendencia que para la vigencia de la Constitución, en el ámbito de los derechos fundamentales tiene la intervención del legislador (y también del administrador –el agregado es nuestro-). En coherencia con ello el incumplimiento del mandato de intervención que pesa sobre el legislador, afecta a la propia vigencia constitucional, generando situaciones en la vida social, alejadas, cuando no lisa y llanamente contrapuestas, a los mandatos del constituyente, o propiciando en las relaciones jurídicas la vigencia de normas implícitas en forma de contradicción con la Constitución” (Salgado, Francisco “El control de Constitucionalidad de la Omsión legislativa” en Manili, Pablo “Tratado de Derecho Procesal Constitucional” T I, pág 342 Editorial La Ley 2010)

“Por lo demás, el deber constitucional de legislar (y de actuar administrativamente – el agreado me pertenece-) puede dimanar también del llamado deber de protección, que obliga al Estado a actuar en defensa y protección de ciertos valores y derechos como la vida y la integridad física... Innecesario es decir, que el verdadero protagonismo lo asumen aquí los derechos fundamentales, que se visualizan como deberes de protección, lo que... resulta una consecuencia necesaria del carácter de los derechos fundamentales, como normas objetivas de principios y decisiones axiológicas, pudiéndonos incluso plantear si el deber de protección...no representa el concepto central de la dimensión jurídica objetiva de los derechos fundamentales” (cfr. Salgado, Francisco, op cit pág 344)

En otras palabras se trata de derechos fundamentales que obligan al Estado a adoptar las medidas de acción positiva necesarias para llevar a buen fin la manda constitucional relativa a los Pueblos Originarios.

“Los derechos socio económicos, dan pie para ello pues es sobradamente conocido que, para ser efectivos, demandan una intervención activa de los poderes públicos, con frecuencia prolongados en el tiempo. A diferencia de los derechos tradicionales o de llibertad, los derechos sociales no pueden ser simplemente

conferidos al individuo, pues exigen una acción permanente del Estado, que debe prestar su asistencia financiera y derribar las barreras sociales, y económicas, que en ocasiones, obstan su optimización; en definitiva, los poderes públicos, han de asegurar los programas de desarrollo social que constituyen la base de estos derechos y de las expectativas por ellos generados” (Cfr. Salgado, Francisco , op cit pág 345)

Por tal circunstancia consideramos que el activismo judicial resulta de fundamental importancia para poder concretar la aplicación de los preceptos constitucionales ante la manifiesta inobservancia del Poder Público, con lo cual, le corresponde fiscalizar y controlar la inactividad de aquellos, ordenando en el caso procedente, el cumplimiento y el respeto del derecho fundamental violado, no sólo por acción (desalojo de los Pueblos Originarios de sus tierras) como por omisión (no adoptar las medidas necesarias para el otorgamiento de las mismas)

El mandato constitucional, impone una obligación ineludible a los integrantes del Poder Ejecutivo y Legislativo en todas sus áreas, con lo cual su incumplimiento faculta al juez para que aplique la norma en forma directa, máxime cuando además de ser constitucionalmente reprobable la omisión, se constata que a la misma se ha aunado una circunstancia que afecta relaciones jurídico sociales, contraponiéndose de esta manera a la norma suprema.

En el caso de los Pueblos Originarios, puede advertirse que la inacción del Estado no resulta inocua sino que por el contrario afecta derechos fundamentales y relaciones sociales que convierten a aquélla en una violación de la lex superior, no sólo por tratarse de una conducta contrapuesta a la misma, así como a los Tratados y Convenios Internacionales, que se agrava aún más por la violación de la jurisprudencia de la CIDH sobre el tópico, sino también porque manifiestamente hay una clara voluntad de no hacer, que hasta podría considerársela dolosa.

Finalmente y en cuanto a la acción judicial a la que se puede recurrir para garantizar la operatividad de los derechos lesionados, la más idónea reasulta ser la vía del amparo, consagrada en el art 43 de la C.N.

En relación a dicha acción podemos señalar que en variadas circunstancias se plantean problemas de legitimación respecto de algunas comunidades a las cuales se les cuestiona su personería jurídica.

Es evidente que dicha situación no las puede privar de accionar en resguardo y recupero de sus derechos, motivo por el cual, entendemos que la acción de amparo en este caso puede articularse como acción colectiva, tal cual lo resolviera la CSJN en la causa “Halabi, Ernesto c/ PEN” (24-02-09 Fallos 332:11) al expresar que “*La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.*”

Que la procedencia de este tipo de acciones, requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo, de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá, cuando pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo, que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes...como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas que pueden motivar acciones de la primera categoría. ...la acción resultará de todos modos procedente... en aquellos casos en que cobran preeminencia... grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.

Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte, ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional, autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes”

Como síntesis de todo lo expuesto podemos señalar que:

- a) tratándose la propiedad comunitaria de un derecho real de jerarquía constitucional superior a cualquier otro derecho contemplado en el Derecho Civil, encontrando estos últimos protección en los códigos procesales correspondientes a cada

- jurisdicción, se torna evidente que dichos cuerpos adjetivos no contemplan los medios adecuados para la protección del primero.
- b) Como consecuencia de ello, la vía adecuada para acceder a la instancia judicial resulta ser el amparo, tanto individual como bajo su forma de acción colectiva.
 - c) Asimismo, es pertinente mediante la acción de amparo, no sólo petitionar el resguardo de la propiedad comunitaria, frente a actos lesivos, del Estado, como de particulares, sino también, articular a través del mismo la inconstitucionalidad por omisión estatal en el cumplimiento del art 75 inc, 17 de la C.N. tal cual se expresara “supra”
 - d) Establecer a través del mismo la responsabilidad y sanción de los funcionarios correspondientes, tanto del Estado Nacional como provinciales, por la inacción e ignorancia consciente del mandato constitucional.

CONCLUSION

Como corolario de lo expuesto y textos analizado, tanto desde el punto de vista del derecho positivo infraconstitucional nacional, provincial, normativa constitucional e instrumentos internacionales, llegamos a la conclusión que nos encontramos ante una situación de “ignorancia consciente” en la que *“El Estado omite el cumplimiento de normas específicas tendientes a la defensa de derechos de las comunidades originarias, pero al mismo tiempo, pone en práctica normas que afectan sus intereses.*

Es un fenómeno complejo para quienes lo sufren, basado en la aparente desarticulación de organismos estatales, en la falta de voluntad de reconocimiento de los derechos y el incumplimiento de las leyes explícitamente dirigidas a regular los derechos indígenas “(HUALPA, Eduardo Raúl *“Sin Despojos. Derecho a la participación Mapuche Tehuelche.* Cuadernos de Endepa n° 4 pág. 65 (Equipo Nacional de la Pastoral Aborígen. Chubut 2003 79)

“Si a partir de las reformas constitucionales y el Convenio 169 OIT, se han reconocido derechos fundamentales a favor de los Pueblos Indígenas, ¿por qué, es tan difícil llevarlos a la práctica? Si la obligación estatal no es un mero “no hacer” sino el dictado de actos, reglamentos, instrucciones y en general el despliegue de la actividad por parte de las autoridades legislativa, administrativas y jurisdiccionales que garantice el cumplimiento de esos derechos, la inexistencia de instituciones específicas, programas y políticas es una grave omisión, que sin embargo y a menudo ni siquiera es asumida como una falencia por dichas autoridades.

Esta inercia hace que muchos funcionarios aún frente a la invocación de las normas constitucionales y legales, se amparen en la falta de adecuación del decreto o la resolución que dicen cumplir, pulverizando así los derechos indígenas.

Desconocen así el principio elemental del derecho, por el cual las normas están ordenadas por jerarquía, ostentando la máxima, los tratados internacionales y la Constitución” (HUALPA,... 66)

Como señala Bidart Campos en el prólogo a la obra mencionada precedentemente *“si siempre hubo de ser necesario dirigir la mirada hacia las comunidades indígenas, y si las miopías, conscientes o inconscientes, velaron esa mirada, parece que ... se vuelve imprescindible prestar mucha atención al inc. 17 del art 75 de la Constitución Federal, tanto como a las normativas provinciales, a efectos de que el multiculturalismo, se afinque vigorosamente en nuestra sociedad actual, no demasiado propensa a comprender y asumir lo que significa el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia.*

A las comunidades indígenas, no solamente no hay que entorpecerlas, sino que hay que promoverlas, lo que equivale a dinamizar cuantas medidas hagan falta par superar inercias, para lograr la plena integración, para dar efectividad a los derechos enumerados e implícitos en el inc. 17, para que la Constitución más el Convenio 169 de la OIT, alcancen la operatividad funcional que necesitan.

No hemos de tener miedo al pluralismo normativo. La igualdad de oportunidades y de trato, reclama que en muchas cuestiones, se les depare a los pueblos indígenas, desde el Congreso y desde el derecho local, una legislación especial distinta a la común y general. Ello en la medida que el derecho a la diferencia en el

multiculturalismo indígena deje entender que los derechos, la identidad y la situación de sus comunidades , no quedan respetados, asegurados y promovidos si se les aplica la normativa uniforme que rige para el resto de la población...”(BIDART CAMPOS,... 51) (corresponde señalar que mientras el art 16 de la CN establece una igualdad formal, el inc. 23 del art 75 de dicho cuerpo normativo refiere a una igualdad material)

Consecuentemente podemos reiterar sin temor a equivocarnos “que la ubicación de la cláusulas (art 75 inc, 17) es técnicamente defectuosa. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, no es una atribución o competencia del Congreso, sino una declaración , y debiera estar incluida en la primera parte de la Constitución, no en el art 75 –opinión compartida por Bidart Campos- Esto tampoco se soslaya pretendiendo que la cláusula implica una prohibición al Congreso que desconozca y contraríe el contenido y las riquezas culturales de las poblaciones indígenas (BIDART CAMPOS, *Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional* T. VI pág.371 Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995; y SEGOVIA, Gonzalo y Juan en PEREZ GUILHOU, pág. 333) ya que aún en este supuesto, tal violación debe estar prohibida para todos los poderes del Estado, y no sólo para el legislativo.

En segundo término, este reconocimiento es una obviedad , ya que los pocos grupos nativos de América que sobrevivieron al genocidio colonial y poscolonial, a lo que deberíamos llamar en realidad etnocidio, existen y preexistieron a la República Argentina, lo admita o no una cláusula constitucional.

“Si se pretende que esta cláusula tenga un contenido simbólico y reparador, creemos que esta reparación no corresponde hacerla en un texto constitucional, el cual tiene un objetivo muy claro: limitar el poder del Estado, y no, ofrecer reparaciones. Con ese criterio se incrementa innecesariamente el contenido constitucional, cuando es sabido que las constituciones deben ser lo más breves posible.

Además las declaraciones, nada valen si no existe la intención práctica de cumplirlas.

*Así la ley 23302 de Política Indígena, que apoya a las comunidades aborígenes, no mejoró la situación de estas pese a las generosas cláusulas que contiene “EKMEDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional* T. V pág 531 Editorial Depalma. Buenos Aires. 2002) y así ocurrirá también ahora si no se decide*

cumplir con la manda constitucional atento su operatividad, que no corresponde poner en duda, pese a las intenciones que puedan tener los órganos políticos del Estado.

Con respecto a la norma citada en último término considero que la misma ha quedado sin efecto por sustitución normativa de conformidad con el nuevo artículo constitucional.

“Un largo camino de marchas y contramarchas constitucionales, derivó en el actual art 75 inc, 17 de nuestra actual Carga Magna, por el cual se reconocen elementales derechos a los pueblos indígenas argentinos.

La Constitución no estableció ab initio ningún derecho nuevo o más amplio que no tuvieran los indígenas antes, sino que se los reconoció y se admitió que esos derechos existieron desde siempre, lo único es que ahora, fueron receptados por la norma basal argentina. Lo que cambió es que desde el año 1994, los pueblos indígenas tienen un texto expreso, en la cima del orden legal, para fundamentar y exigir el cumplimiento de sus ancestrales y legítimas peticiones.

En esta inteligencia, es un error mayúsculo pensar que el artículo en cuestión sólo enuncia atribuciones del congreso y que ello únicamente se trataría de prerrogativas programáticas que sólo se harían efectivas por la respectiva reglamentación legal.

Es verdad que algunas cuestiones posiblemente necesiten alguna reglamentación pero la mayoría de los derechos y potestades establecidos allí son operativos y merecen ser respetados en forma efectiva y plena por las autoridades respectivas. Resulta inadmisibles que el reconocimiento constitucional de las garantías aborígenes siga postergado por ritualismos legales: la vigencia del mandato constitucional, no debe socavarse o eludirse por ninguna reticencia o impericia estatal.

Cualquier renuencia u obstrucción por parte de las agencias estatales, ejerzan la función que ejerzan por acción u omisión, directa o indirectamente, pongan trabas al ejercicio real de los pueblos indígenas, hará ficticio e ilusorio el mandato constitucional. Sin duda, significa un paso fundamental el acogimiento constitucional de los derechos aborígenes, pero es más importante que tales prerrogativas tengan eficacia real en las personas o grupos a las cuales van dirigidos. Es por ello que cualquier adecuación normativa que se realice, deberá tender en forma real y efectiva,

a garantizar el respeto y a asegurar la participación en la gestión de todos los intereses que afectan a los pueblos indígenas argentinos.

En síntesis, cualquier aspecto relevante de la cultura indígena, que sea ilegítimamente condicionado, restringido o limitado por el orden local o nacional deberá dirimirse teniendo como pauta interpretativa el reconocimiento amplio y efectivo de los derechos y garantías aborígenes estipulados en el art 75 inc, 17 de la CN.

Pero el inciso comentado, engarza con varios Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, sobre los que conviene destacar, sin desmedro de otros, el art 27 del PIDCP, que trasluce un cambio sustantivo para el respeto y reconocimiento indígena...

El reconocimiento que hace nuestra Constitución de los derechos de los pueblos indígenas es un paso más, sin duda muy importante en el movimiento socio cultural para encauzar jurídicamente las pretensiones aborígenes. (Cuando se reconocen derechos indígenas, ello quiere decir, que existían desde antes de la recepción de la ley, la norma sólo se limita a darle recepción jurídica algo pre existente)

El goce efectivo de todos los derechos humanos, no puede hacerse realidad si no se reconocen los derechos específicos, sobre todo colectivos, de los pueblos indígenas, vinculados como están históricamente a modos de vida, a una cosmovisión, a formas de organización social, y a vínculos con el territorio, muy enraizados en nuestra propia historia. Se suscita entonces una disyuntiva cuando se trata de ampliar los derechos individuales. Esos derechos ya están consagrados en la CADH, en los pactos de las Naciones Unidas, y en todas nuestras constituciones. Podría decirse que se trata simplemente de aplicar bien los instrumentos jurídicos existentes y que la ley se haga efectiva.

Destacamos que aunque el art 75 inc, 17, se ubique en el sector de atribuciones del Congreso Nacional, no deja de ser una pauta interpretativa insoslayable de los constitucionales básicos contenidos en la parte dogmática de la Carta Magna. Por tanto, no interesa el lugar que ocupe la cláusula protectoria de los derechos indígenas, ya que ella entraña un mandato no sólo para los legisladores, sino también (y además

de involucrar necesariamente al poder ejecutivo) para los jueces, quienes pueden y deben suplir la desidia o renuencia de los restantes poderes estadales....

El miembro de cualquier pueblo indígena, no es más que un ser humano integrante, primero de su grupo de pertenencia, y segundo de la sociedad en general; por tanto, es titular de todos los derechos y obligaciones de los que gozan e imponen el ordenamiento jurídico a cada ciudadano de nuestra Argentina. Entonces, resulta odioso, aunque pertinente, recordar que cada pequeña sociedad indígena se inserta en la gran sociedad, de cada localidad o ciudad o provincia, y por ello merecen que se respeten sus diferencias, creencias, lenguaje, costumbres, vínculos con su hábitat, etc, y hagan efectivas sus igualdades, derecho a una vivienda digna, a recibir un trato digno, a acceder a la justicia, etc.

Una verdadera democracia, es respetuosa de sus minorías, y les asegura plena vigencia de sus derechos. Los ciudadanos que conforman los ancestrales pueblos indígenas argentinos son acreedores tanto de un trato igualitario en cuanto a sus derechos básicos, como de una normativa respetuosa de su diversidad cultural” (Gouvert, Juan Fernando “Comunidades indígenas argentinas: del reconocimiento legislativo a la vigencia sociológica de sus derechos” (El Derecho Constitucional T 2008 :337 y sgtes. Con cita de Bazán, Víctor, “Los derechos de los pueblos indígenas en la Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI n° 108 setiembre/diciembre 2003)

**SITUACION SOCIAL ACTUAL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS CON
POSTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 (ART 75
INC, 17 DE LA CN)**

**LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS COMO
INTEGRANTES DE LOS DERECHOS HUMANOS. DERECHO NATURAL Y
DERECHO POSITIVO**

Los derechos humanos, deben ser considerados incorporados a la C.N. guiando de esa manera, la acción del Estado en aras de transformar la realidad. Los derechos de los pueblos originarios son inescindibles de aquéllos, motivo por el cual lo que

expresaremos más adelante, servirá como pauta orientadora del trabajo que emprendemos.

Es imprescindible señalar que existe una íntima vinculación entre el derecho natural y el derecho positivo, aspecto importante de destacar al momento de estructurar e integrar un sistema jurídico, en tanto los derechos humanos son previos a cualquier ordenamiento jurídico que no hace sino plasmarlos legislativamente.

En base a ello, el contenido del art 75 inc, 17, no debe pasar inadvertido, sino que ha de concretarse como una realidad y no un mero postulado político.

Partimos de la base de que los derechos humanos *“no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo, sino que , en todo caso se entiende que, los derechos jurídicos así creados, constituyen sólo una consagración de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esa recepción jurídica”* (Nino, Carlos *“Ética y Derechos Humanos”* pág 15)

Compartimos la *“tesis de que los derechos humanos tienen un origen, no en el orden jurídico positivo sino en un derecho natural, o sea, en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual, ciertas normas pertenecen a él, no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento, por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca.”* (cfr Nino, op cit pág) (ya que son valores jurídicos que tienen entidad jurídica propia por cuanto se justifican intrínsecamente)

“Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos: al contrario, tal consagración en el derecho positivo, de distintos Estados, y en el derecho internacional, es una de las grandes conquistas de la humanidad por cuya consolidación debe bregarse constantemente, ya que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos, los hace más ciertos y menos controvertibles y sobre todo, provee de medios (como la declaración de inconstitucionalidad de una ley) para neutralizar su violación. Pero este reconocimiento jurídico, si bien es un paso decisivo para lograr el respeto de los derechos humanos, no es ni necesario ni suficiente para ello: su ausencia no modifica de ningún modo la ilegitimidad de las normas y las decisiones que los desconozcan” (Nino, op cit pág 24) lo que hace que *“cuando se trata del reconocimiento de derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral, que difícilmente esté justificada una*

*norma jurídica –y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella- que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención , aún de jueces y juristas , deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas, no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas, en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada “ (Nino, op cit pág 24)*Lo expuesto resulta de fundamental importancia, por cuanto el derecho positivo humano, entre el que se encuentra la Constitución, si bien es dictado por los hombres, tiene un amplio contenido de derecho natural, como por ejemplo en la parte de Declaraciones, Derechos y Garantías, de aquélla.

Entonces, si hay derecho positivo, es porque hay derecho natural, pues aquél se funda en éste, en tanto hay mandatos jurídicos que son por su naturaleza en sí mismos buenos, y otros que son prohibidos, porque son en sí mismos por su naturaleza malos.

Este es el contenido del derecho natural, porque surge de la naturaleza del hombre, con lo cual el derecho natural no sólo no está separado del derecho positivo, sino que es su fuente y base.

El derecho positivo, es como la continuación del derecho natural, y se funda en él, del cual deriva.

La ley positiva, fija el derecho de una manera cierta y segura, pero debe respetar los principios fundamentales del derecho natural, en tanto éste cumple una tarea esencial, colmando las lagunas del derecho.

El derecho natural, es un derecho real y concreto, que expresa la existencia de cosas que corresponden al hombre real y concreto ante los demás hombres, reales y concretos, en virtud de su condición de “ser humano”.

Este derecho se basa en una estructura de bienes y valores que potencian y plenifican a la persona humana y las relaciones sociales, expresando jurídicamente las estructuras originarias y básicas de la vida humana y social, que deben ser recogidas para que no se destruya aquélla y la convivencia social.

Integran el derecho natural, los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la intimidad, al reconocimiento como un

ser diferente, etc., los cuales rigen las relaciones humanas por sí mismas y más allá de su regulación positiva.

En este sentido se ha expresado que *“el hombre y todo hombre, posee derechos inherentes o preexistentes al derecho positivo, derechos que deben ser hechos valer en forma obligatoria por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación.”* (Fallos 241:291)

No obstante ello, para su mejor conocimiento, determinación y operatividad requieren ser contemplados, desarrollados y perfeccionados por las instituciones del derecho positivo.

Así, las exigencias del derecho natural, son incorporadas y formalizadas por el ordenamiento jurídico de un Estado, es decir reconocidas, determinadas, concretadas, armonizadas, amparadas, por las autoridades políticas del Estado (el poder constituyente y los legisladores), con lo cual el derecho positivo, pasa a ser una obra colectiva que inicia el constituyente y termina con el juez.

Ello conlleva a señalar que el derecho natural, permanece como un derecho operativo, que suple las deficiencias inevitables del derecho positivo, favoreciendo el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Tal circunstancia implica que entre ambos derechos existe una relación de complementariedad y compatibilidad, suplencia y potenciación, del derecho positivo por el derecho natural, positivización, formalización y determinación, del derecho natural por el derecho positivo, determinando e identificando a aquéllos, relacionándolo con los demás derechos, estableciendo las técnicas, garantías, condiciones y requisitos para que sean eficaces.

El sistema jurídico que debe ser encabezado por la Constitución, actúa entonces como válvula de expansividad de los derechos, de modo tal que la lista de ellos es insusceptible de ser clausurada, con lo cual es admisible la incorporación y reconocimiento de otros que no figuran enumerados. La lista de estos derechos debe referirse necesariamente a los derechos fundamentales, y no a cualquier otro de distinta categoría, ya que caso contrario, convertiríamos a cualquier Constitución en un código de fondo.

Ello implica que la Constitución debe estar dominada por el “principio in dubio pro libertatis”, cuya existencia es innegable en cuanto toda interpretación debe ser amplia y a favor de los derechos humanos que son innatos e insuprimibles

La persona es un fin y no un medio, para objetivos ajenos a los que le son privativos, por tal circunstancia los múltiples grupos sociales, entiéndase Estado, no deben tener otra misión que la de funcionar en interés de los que lo componen, facilitando su desarrollo y respetando a su vez a los demás, lo cual implica cooperación, solidaridad y pluralismo político social.

Para ello debemos tener en cuenta que *“el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico, y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”* (CSJN in re “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” del 24-10-00. C 823 XXXV)

Tal enfoque conlleva a la progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos de manera tal que al ser reconocidos por el derecho interno, dicha situación es irremisible, no pudiendo luego quedar sin efecto por circunstancia alguna, con lo que el principio “pro homine”, que informa todo el derecho de los derechos humanos integrando al ordenamiento interno, las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos , que debe entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano, implica una protección más adecuada a la persona humana en el sentido de darle la mayor extensión posible a los que consagran derechos humanos, y el menor alcance posible a los que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones.

Conforme Ayala Corao, citado por Manili *“la progresividad se refiere a una tendencia manifiesta hacia la extensión de los derechos humanos, de modo continuado e irreversible, tanto en el número como en el contenido de los derechos protegidos, así como en su eficacia y vigor”* (MANILI, Pablo Luis, *El Bloque de Constitucionalidad* , pág. 47 Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004. AYALA Corao, Carlos *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos . El Futuro del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos* pág. 758; citado por Manili, op. cit.), añadiendo

Gutiérrez Pose Hortencia,, citada en la misma obra que *“la progresividad de los derechos humanos , se explica por el hecho de que al ser inherentes a la persona es posible ir extendiendo el ámbito de protección al ejercicio de derechos que antes no gozaba de ella. No se trata del reconocimiento de nuevos derechos, sino de derechos cuyo ejercicio –finalmente- merecen la protección del ordenamiento jurídico positivo”*. (GUTIERREZ POSE, Hortensia, *“Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* El Derecho 163:863)

En virtud de lo expuesto, ¿quién puede negar que los pueblos originarios son titulares de estos derechos? El que se los haya marginado y discriminado, no significa que no sean poseedores de los mismos.

Consecuentemente, interpretando el esquema que encabeza el presente título, conlleva a que el Estado a través del Poder Constituyente, sea el encargado de reconocer los derechos humanos fundamentales de estas comunidades, que integran el mismo, implicando, la vigencia de una Constitución, la transformación de la realidad, al impregnar a cada uno de los componentes de la sociedad a la cual rige, de los derechos y consecuentes garantías que el ordenamiento natural primero y el derecho positivo luego, les reconoce como condición indispensable para la existencia de un Estado de derecho organizado.

INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS ATINENTES A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

De acuerdo a lo expuesto en el acápite precedente, los derechos de los pueblos originarios, no tienen su fuente primigenia en el derecho positivo, sino en el derecho natural, que es por otra parte, quien le da mayor fundamento a su derecho consuetudinario.

Sin perjuicio de ello, los mismos se encuentran reconocidos en la actualidad , no sólo en el art 75 inc, 17 de la CN, sino también en Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, enunciados en el art 75 inc, 22 de la Ley Suprema, aunado ello al Convenio 169 de la OIT; y su antecedente n° 107, conformando en consecuencia, un

Bloque de Constitucionalidad y de Legalidad, que se constituye como piedra de toque del resto del ordenamiento jurídico, ello en conjunción con el art 31 de la Carta Magna.

Así la DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, prescribe en su art 1º que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*, por lo que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta declaración, 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 “ (art 2);* teniendo su símil en el art 1.1 de la CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS al precisar que *“Los Estados Partes, de esta Convención, se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color , sexo , idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”* Por su parte el art 1.2 del mismo instrumento, reconoce como “persona” a *“todo ser humano (aspecto que queremos destacar, ya que durante muchos años los originarios fueron considerados como inferiores a la categoría humana)*

Asimismo la CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL dispone en su art 1º que *“En la presente Convención, la expresión discriminación racial, denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color , linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado , anular o menoscabar el reconocimiento , goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”* añadiendo en su art 5 el compromiso de los Estados a *“prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color , u origen nacional o étnico”*

El art 7 del mismo cuerpo normativo, señala que los Estados parte asumen el compromiso de *“tomar medidas necesarias y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura, y la información, para combatir, los prejuicios*

que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos...”

Continuando con esta esfera de protección el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS en su art 27 prescribe que “*en los Estados en que existan minorías étnicas ...no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y emplear su propio idioma*” (En realidad, y si apreciamos el trato que han recibido los originarios de nuestro país, durante largas décadas, es fácil advertir , que en momento alguno se ha intentado dar cumplimiento a tal preceptiva)

La CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO prevé en su art 30 que “*en los Estados en que existan minorías étnicas...o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías, o que sea indígena, el derecho que le corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural y a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma*”

Finalmente la CONVENCION PARA LA PREVENCION Y SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO estatuye en su art II que “*en la presente Convención, se entiende por genocidio, cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo...étnico...”*

Analizados ya los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, con Jerarquía Constitucional, no podemos obviar el tratamiento del Convenio n° 107/59 de la OIT, (aprobado por ley 14932) relativo a la “PROTECCION E INTEGRACION DE LAS POBLACIONES INDIGENAS Y DE OTRAS POBLACIONES TRIBUALES O SEMITRIBUALES EN LOS PAISES INDEPENDIENTES” y que fuera luego revisado por el Convenio n° 169/89 de la OIT, sobre “PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES” ratificado el 17-4-00 por el PEN, y depositado el respectivo instrumento de ratificación el 3-7-00, entrando en vigor el mes de julio de 2001, cfr. Art 38 inc, 2 del propio Convenio (es decir, a los doce meses del registro de dicha ratificación)

En relación a este último Convenio, desde el año 2000 hasta el 2010 se han presentado proyectos de ley para otorgarle jerarquía constitucional en los términos del art 75 inc, 22 fundado en que “ el Convenio 169 de la OIT, constituye la normativa

internacional que regula los derechos de los pueblos indígenas, (o como bien señala la CIDH, es el instrumento internacional de derechos humanos específico y más relevante para los derechos de los indígenas, y debe interpretarse de conformidad con la DADDH y la CADH) referenciándose en su propio texto a los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación a los que se les ha reconocido jerarquía constitucional conjuntamente con otros expresamente enumerados en el art 75 inc, 22, todos los cuales, forman parte del cuerpo de convenios sobre derechos humanos aprobados por la Organización de las Naciones Unidas.

El efectivo ejercicio del Convenio 169, que establece las garantías del derecho internacional para los pueblos indígenas, es un reclamo permanente de las comunidades y organizaciones aborígenes argentinas, y el otorgamiento de jerarquía constitucional, que se propone, se corresponde con un estricto sentido de justicia y equivalencia con los restantes Convenios y Tratados Internacionales, en materia de Derechos Humanos integrados ya en nuestra C.N.

Sin perjuicio de que este proyecto no haya prosperado, no puede dudarse que el referido convenio integra el Bloque Federal de Legalidad con jerarquía superior a las leyes (art 31 CN)

Ello obedece a que el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto a su naturaleza jurídica ha sido incorporado a la categoría de los tratados, ya que de acuerdo al art 5 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dicha normativa se aplica a todo acuerdo adoptado en una organización internacional, por lo que si la OIT, reviste este carácter, el convenio allí suscripto es un Tratado tal cual fuera explicado “ut supra”.

“Los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común internacional, cuyos destinatarios no son los estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios.... De igual manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, los tratados sobre derechos humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de

un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Al vincularse mediante estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal, en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” (O.C. 2/82; O.C. 1/81)

En el caso de tratados de derechos humanos se deriva la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

A la luz de lo expuesto no caben dudas que el CONVENIO 169 de la OIT, resulta ser una norma operativa por sí misma, porque su contenido refiere a la protección de los derechos humanos de un sector minoritario de población de distintos países, entre ellos la República Argentina, como son los pueblos originarios.

EL ESTADO ACTUAL DE LA SITUACION

Como puede advertirse, los términos esenciales utilizados por este instrumento hacen referencia a la “participación de los pueblos, igualdad, respeto de su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones, el pleno goce de los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación, integración, ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país”, todo lo cual evidencia una necesidad imperiosa de reconstituir el contexto social de las comunidades en las que existen pueblos originarios, entre los que se encuentra nuestro país.

Cuan indiferentes han sido las políticas gubernamentales en este tópico, ya que no sólo la CN sino tampoco los instrumentos internacionales sobre la materia han logrado concretarse en estos seres humanos que tanto necesitan de su aplicación en la realidad.

En otras palabras, no se evidencia un acabado cumplimiento de los mandatos constitucionales ni supraleales.

Si bien, y de cara a lo expuesto mas arriba al analizar la vinculación entre derecho natural y derecho positivo, se advierte que a través de la diversa elaboración normativa se han incorporado los derechos de los pueblos originarios, y asimismo, judicialmente existe un permanente reconocimiento de sus derechos, lamentablemente no hay una satisfacción plena e inmediata de los mismos si no es por medio de esta última vía.

Tanto es así, que muchas comunidades aún se encuentran dispersas y en la más absoluta indigencia, lo que demuestra el divorcio de la realidad con el espectro normativo. (Guaraníes, tobas, mapuches, entre otros, incluso muchos de ellos en pequeñas comunidades en la provincia de Buenos Aires)

Lo que se postula como derecho humano fundamental, de los pueblos originarios y que conlleva por ende al reconocimiento de los demás, es el derecho a la singularidad, a la existencia cultural altera, en la que la integración activa, le permita dejarlos en libertad para ser lo que son.

Los derechos de los pueblos indígenas, pues, están reflejando la singularidad de la biodiversidad humana que plantea el derecho a la diferencia.

No se trata sólo de respetar la alteridad que implica una simple tolerancia, término que esconde una cierta forma limitativa de la coexistencia, sino que es lo que se denomina la presencia de una otredad, es decir, la existencia de seres sociales constituidos por otras civilizaciones, significa una confrontación mucho más difícil de ser resuelta en términos equilibrados, que es en realidad la más difícil y creadora convivencia.

En este sentido *“es intenso el movimiento que , de conformidad con el art 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lleva a que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos pidiera a los Estados que adopten medidas positivas cuando sea necesario, para apoyar el derecho de las minorías étnicas y religiosas, a mantener y desarrollar sus tradiciones, su cultura y su idioma, favorecer la diversidad cultural y étnica, respaldar los derechos en materia de educación y cultura, garantizar los derechos lingüísticos de las minorías y reconocer el derecho a usar los idiomas, minoritarios en las comunicaciones oficiales, evitando discriminaciones, exclusiones, abusos y limitaciones que menoscaban los atributos y*

grado de satisfacción en concreto del status, igualitario y sugerente que dibujan los registros normativos.

Tampoco se deja de apuntar que los miembros de las comunidades indígenas tropiezan con problemas particulares para ejercer sus derechos dimanantes del pacto, incluido el derecho a disfrutar de su cultura tradicional. En su examen de los informes de los Estados parte, el Comité de Derechos Humanos de la O.E.A. ha observado que con frecuencia, se niega la condición de igualdad a los miembros de las comunidades indígenas y que su disfrute de los derechos, está severamente menoscabado por largos años de discriminación racial.

Pueden vivir situaciones de gran pobreza y males, problemas de salud, y estar en desventaja en el acceso a la atención sanitaria, a la educación y al empleo. Su presentación en los cargos públicos y en la Administración Pública suele ser muy baja” (MORELLO, Augusto M. y MORELLO, Guillermo C. “Los pueblos indígenas en la Constitución y en la realidad. Una introducción” Jurisprudencia Argentina 2003-II-874 Sección doctrina.), lo cual demuestra que a pesar de la legislación promulgada y siendo los aborígenes al igual que todas las personas, titulares de los derechos humanos referidos, siguen existiendo obstáculos que se oponen al disfrute pleno de los mismos, pese a su reconocimiento por el derecho positivo.

En lo atinente al art 75 inc, 22, cuyo contenido refuerza nuestra postura no puede dudarse que “la incorporación de los instrumentos internacionales, como medio de protección supranacional de los derechos humanos implica trasladar al texto constitucional una lista de derechos y garantías que tutelan, más explícitamente y de modo menos controversial que el actual art 33, la persona, sus atributos esenciales, y sus necesidades básicas. La vigencia irrestricta de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución, y ampliados en los tratados que a ella se integran , no dependerá de las autoridades estatales de turno, sino de Partes Supranacionales , imparcialmente integradas , especialmente destinadas a proteger y expandir los derechos en cuestión, reduciéndose así la eventual indefensión que pueda padecer una persona” (Cfr. Convencional Cáceres. Sesión Plenaria. OBRA DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE T. VII, pág. 6827. Editorial La Ley)

“No cabe duda que el siglo XX, es el siglo de los derechos humanos. El desarrollo que éstos han alcanzado, tanto en el plano de la positivización internacional, interregional y nacional, como en el ámbito académico, es evidente, de suerte que, en conjunto han dado lugar a una de las instancias de reflexión más enriquecedoras para la ciencia del derecho y, por tanto para el tan ajetreado progreso de la humanidad.

En tal contexto, el constituyente realizó una ponderada selección de ocho tratados, que sumados a las dos declaraciones de derechos más importantes del siglo, - y sin duda, de la historia de la humanidad- constituyen lo que el catedrático de Oxford, John Finnis, ha denominado los “basic human rights”, es decir, los derechos humanos básicos, que toda persona posee, por el hecho de ser tal; de ser persona. El constituyente, pues, ha sintetizado en este simbólico decálogo de tratados y declaraciones, el núcleo duro de los derechos que la conciencia internacional de la humanidad garante a toda persona por el hecho de serlo; es decir, los derechos naturales de ésta.

Y repárese que la comunidad internacional, al igual que nuestro ordenamiento jurídico, no otorga o concede tales derechos, sino que, como recordaba el catedrático español Javier Hervada, tales derechos al pertenecer a la persona per se, ya que ésta, como decía Kant, es un fin en sí, sólo pueden ser reconocidos por aquélla comunidad, o en nuestro caso, por el derecho nacional” (Cfr. Convencional Barra, ídem nota 26 T. VII, pág. 6829)

Y en lo atinente a la normativa indígena se ha expresado que “lo nuevo es que estamos reconociendo a los pueblos indígenas como entidades colectivas, que son sus pueblos indígenas dentro de los cuales viven ciudadanos argentinos que tienen sus derechos individualmente reconocidos en la Constitución. Aquí, lo que estamos haciendo es generar un nuevo reconocimiento de derechos a otro sujeto distinto, que es el pueblo indígena como comunidad colectiva, inescindiblemente constitutiva de la Nación” (Cfr. Convencional Díaz, ídem nota 26 T. VII, pág. 7130.)

La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993 ha señalado en su art 20 que “Los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el

derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades culturales y sistemas de organización social”

Sin embargo, y pese a todas estas Declaraciones y declamaciones, en pro de los pueblos indígenas, y a los preceptos nacionales e internacionales, referenciados; la asimetría en nuestro país se ve acentuada y esas posibilidades (de eliminar diferencias étnicas, pobreza, y alcanzar una calidad de vida decente de aquéllos) se mantienen como ideales no realizados, siendo los pueblos indígenas uno de los grupos más afectados por esta situación de hiposuficiencia.

Ello se evidencia aún más si consideramos lo dispuesto por el inc. 18 del art 75 CN en cuanto dispone como facultad del Congreso “proveer lo conducente al a prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas la provincias...” y el inc. 19 en tanto expresa “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social” ello en concordancia con el Preámbulo que tiene como objeto “promover el bienestar general”

A la luz de lo expuesto, es de apreciar, y ello constatado en forma personal por el suscripto, el incumplimiento de tales preceptos constitucionales en relación a los pueblos originarios.

DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNITARIA

UNA NUEVA FORMA DE ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL.

PRECEPTOS NORMATIVOS. INSTRUMENTACION DE SU RECONOCIMIENTO.

Sin perjuicio del criterio que pudo haber sustentado la CSJN con anterioridad a la reforma constitucional y lo expuesto más arriba respecto de la causa Asociación Laka

Honhat, puede advertirse que pese a lo estatuido en el art 75 inc 17 de la Constitución Nacional, ni el Estado Nacional, ni los estados provinciales, han adoptado medidas necesarias para cumplimentar el mandato de la Ley Suprema, lo cual conlleva a la necesidad de los distintos reclamos y sus consecuentes pronunciamientos judiciales, reconociendo en su mayoría y con sólidos fundamentos la propiedad comunitaria de los pueblos originarios.

No debemos olvidar que la CIDH interpretando el art 21 de la CADH en la causa “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua”, ha destacado que “los términos de un tratado internacional de Derechos Humanos, tiene sentido autónomo, por lo que no puede ser equiparado al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además dichos tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, evolutivos, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y en particular a las condiciones de vida actuales.

La Corte considera que el art 21 de la CADH protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comuna,” con todas implicancias culturales, y de cosmovisión que ello implica.

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, debe ser tenido especialmente en cuenta para los efectos que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra, debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de su título real, sobre la propiedad de la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”

En este orden de ideas, y respaldando la postura que venimos esgrimiendo se ha expuesto que “los indígenas tienen un derecho de propiedad de carácter comunitario sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. ... El derecho a la propiedad comunitaria indígena, no es equiparable a la noción clásica del derecho de propiedad individual. Tiene características particulares que demandan un ordenamiento protectorio específico distinto del Código Civil, siendo estas notas particulares: la comunidad de titulares, la intertemporalidad de la posesión (ocupación ancestral), transmisión degeneración en generación, y el vínculo espiritual y religioso con la tierra.... que trasunta lo meramente material, y ostenta una dimensión religioso espiritual” y avalado por el criterio de la CIDH ya expresado “supra”

Por ello para que los pueblos indígenas dejen de ser marginados, pobres, se requiere que los mismos tengan la propiedad comunitaria de sus tierras” (avalado por el art 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas) .

EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA.
INSTRUMENTACION JURIDICA.

La Constitución Nacional hace referencia a las tierras que los pueblos originarios tradicionalmente ocupan.

Sin embargo no siempre resulta factible cumplir en forma operativa con dicho precepto constitucional en la medida que las distintas comunidades ya se encuentran habitando en tierras que son del dominio privado del Estado o bien de particulares que por compra o usucapión se han adueñado de las mismas.

Una primera posibilidad, para efectivizar el mandato constitucional, es recurrir a la expropiación por causa de utilidad pública, a cargo del Estado Nacional, con imputación a Rentas Generales del presupuesto del año respectivo, otorgando la titularidad del dominio por intermedio de la Escribanía General de Gobierno de la Nación, procediendo luego por ley, a la creación del municipio respectivo.

La segunda vía y quizá la más fácil y conveniente, estaría dada por el otorgamiento por parte del Estado, de tierras comprendidas dentro de sus bienes privados, a los que referiremos más adelante, otorgándoles posteriormente el carácter de municipio, a dichas comunidades en tanto personas jurídicas públicas, y ello en mérito a lo que se explicará respecto a la similitud existente entre la propiedad comunitaria consagrada en el texto constitucional, y el dominio público tal cual se expresa en el Código Civil y el Derecho Administrativo.

PROPIEDAD COMUNITARIA Y DOMINIO PUBLICO ESTATAL

Desde el punto de vista jurídico, este último es inalienable, e imprescriptible, por cuanto se trata de bienes que pertenecen al dominio del Estado como persona de derecho público

Consiste en uno conjunto de bienes, sometidos a un régimen jurídico especial, distinto del que rige el dominio privado. Es decir, que conforme la doctrina del art 2339

del Código Civil, se *“trata de bienes cuya condición jurídica está determinada por una serie de principios de orden negativo (inalienabilidad, imprescriptibilidad, no se adquieren por usucapión, inembargabilidad) y de orden positivo (que confirman su sustracción al régimen de dominio privado y su sujeción al dominio público”* (Bueres, Alberto; Highton, Elena *“Código Civil y Normas Complementarias”* T V pág 61 y sgtes. Editorial Hammurabi)

Tienen también como característica, que se hayan sujetos a un régimen de tutela o poder de policía que tiene el Estado para lograr la conservación material de su dominio.

Como expresa Marienhoff, *“en opinión de Mayer, el derecho de las cosas públicas, debió encontrar su primera expresión jurídica en la forma social primitiva de realización de los intereses público, es decir, en las comunidades rurales, que eran asociaciones distintas a los municipios actuales. En ellos los derechos de los individuos y los de su unión se confundían, prevaleciendo unos u otros alternativamente, según los objetos. Desde luego, estas asociaciones poseían caminos, calles, plazas. Los terrenos afectados a los mismos eran comunes, no pertenecían a individuo alguno en particular, sino a la totalidad de ellos, y hallábanse destinados a la comunicación de todos. El jefe de la asociación debía velar por el mantenimiento de esos bienes y por el buen uso que de ellos se hacía.*

En realidad el dominio público es un concepto jurídico cuya existencia depende de la voluntad de legislador pero que pertenecen a una comunidad política.

Los elementos esenciales que integran la noción conceptual de dominialidad, son cuatro: el subjetivo, que se refiere al sujeto o titular de derecho sobre los bienes dominicales; el objetivo, que se relaciona con los objetos (bienes o cosas) susceptibles de integrar el dominio público, el teleológico, referente al fin a que debe responder la inclusión de una cosa o bien en el dominio público, y por último el elemento normativo o legal, en cuyo mérito se determina cuándo una cosa o bien, que reúna los demás caracteres ha de ser tenido como dominical” (Marienhoff, Miguel *“Tratado de Derecho Administrativo”* T V, pág 55/56, 165 y sgtes. Ed. Abeledo Perrot)

En cuanto al elemento subjetivo, cabe destacar que estos bienes no pertenecen a los particulares sino al pueblo, en cuanto pretenden un uso común de los mismos.

“El dueño de los bienes que integran el dominio público (que es parte del territorio) es el pueblo, ya que el territorio es un Estado, es la parte de la superficie terrestre que, por diversos motivos de orden histórico, quedó en poder de un conjunto de hombres (pueblo) unidos entre sí, por vínculos comunes: raza, lengua, religión, etc. Por eso ha podido decirse que en la esencia del dominio público hay una persistencia de la antigua propiedad colectiva” (Marienhoff, op cit pág 70/71)

Por lo demás, el pueblo titular del dominio público es el constituido por nativos o equiparados legalmente a éstos, los extranjeros quedan excluidos, pues no forman parte del agregado originario.

Por otra parte, los bienes que originariamente forman parte del dominio público del Estado anteriores a su constitución son los inmuebles que conforman el territorio sobre el cual se asienta el pueblo que como titular originario nunca renunció a dicha titularidad, ni siquiera al organizarse el Estado bajo la forma actual.

En cuanto al elemento objetivo, cualquier bien puede incluirse dentro del concepto de dominio público, ya que basta con que el mismo tenga la aptitud necesaria para cumplir con las finalidades que motivan la institución dominial.

Respecto del elemento teleológico o finalista, estos bienes deben estar destinados al uso público.

Finalmente se requiere un elemento normativo o legal, por el cual el legislador nacional otorgue al respectivo bien el carácter dominial es decir, someterlo a un régimen de derecho público, lo cual conforma un acto atributivo y no declarativo, sin perjuicio de que la regulación del uso corresponda a las provincias.

Con respecto al criterio que debe seguirse para calificar un bien como del dominio público, según expresara Mayer, ello debe representar un interés vital de la sociedad basado en un criterio de importancia y utilidad.

Como síntesis de lo expuesto *“el dominio público es un conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico pertenecen a la comunidad política, pueblo, hallándose destinados al uso público de los habitantes”* (Marienhoff, op cit pág 169)

Y ello se hace, mediante la afectación como manifestación de voluntad del poder público, en virtud de la cual la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad.

Cabe destacar que para que la Administración Pública, puede afectar válidamente una cosa al uso público, es indispensable que dicha cosa se halle en poder

del Estado en virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esa cosa.

Tampoco debemos olvidar que el art 2344 del Código Civil, señala que son *“bienes municipales, los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades”*

“En el ámbito del Derecho Civil, las municipalidades son personas jurídicas de carácter público, tal como surge del art 33 del C.Civil. Siendo ellas entidades públicas, subordinadas, aunque necesarias, debe entenderse que sus bienes siguen el régimen aplicable a bienes públicos o privados del Estado según el caso.

Al organizar la Nación o las provincias, un régimen municipal y crear entidades de base territorial como son las comunas, con las pertinentes atribuciones de autoridad, también se les adjudica el derecho de dominio sobre los bienes que se les ceden. Los terrenos de una municipalidad, son bienes del dominio público “ (Bueres, Highton, op cit pág 85)

Evidentemente se trata de un dominio derivado que nace de la transferencia que le hacen los otros estados que son titulares originarios.

Todo lo expuesto podemos relacionarlo con la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, conforme art 75 inc, 17 de la Constitución Nacional, la cual por los caracteres que le otorga la Carta Magna, encuadra perfectamente en el esquema de dominio público, como una forma de aceptar aquélla, lo cual es totalmente contrario al dominio privado del Código Civil, al no ser enajenable, imprescriptible, ni susceptible de gravamen alguno.

Respecto a los bienes privados del Estado, (última parte del art 2339 del Código Civil,) son bienes fiscales que el mismo tiene con un tratamiento semejante el de la propiedad particular, motivo por el cual su uso no corresponde a todos los habitantes. Se trata de bienes asimilables al derecho privado, de los particulares, enajenables, prescriptibles, embargables, sometidos al Derecho Administrativo, y que pueden ser afectados a la prestación de servicios públicos.

De acuerdo al art 2342 del Código Civil, son bienes privados del Estado general y de los estados particulares, *“inc, 1: todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales de la República carecen de otro dueño”*

Se trata aquí de un derecho originario del Estado sobre las tierras sin dueño, conocidas como tierras fiscales o tierras públicas, a pesar de pertenecer al dominio privado. Es decir, que sobre las tierras que carecen de otro dueño, el Estado tiene un derecho de propiedad territorial originario, sin necesidad de presentar título especial para reivindicarlo.

Ello genera una inevitable contradicción entre ese precepto y el art 75 inc. 17 constitucional, ya que al reconocer a las comunidades originarias la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan, y ser su posesión anterior a la conformación del Estado, de ninguna manera puede decirse que existan bienes que pertenezcan al dominio privado de este último, o en otras palabras, tierras fiscales, ya que en realidad, ellas pertenecen en parte, a los pueblos que habitaban originariamente nuestro país, con lo cual, este inciso del Código Civil, se convierte en una falacia frente al texto constitucional, en tanto dichas tierras debieran ser entregadas en forma inmediata en propiedad comunitaria a los pueblos indígenas. Los bienes del dominio privado del Estado, enunciados en el inciso 1, en realidad no existen como tales, frente a la Ley Suprema, que ha vaciado de contenido dicho precepto del Código de fondo.

Según Claudio Kipper (185) el inciso 1º, alude a todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República carecen de otro dueño. Esta disposición tiene una razón histórica ya que al haber otorgado el Papa Alejandro VI a los reyes de España y Portugal el dominio sobre las tierras descubiertas en América, los mismos adjudicaron grandes extensiones a los conquistadores para recompensarlos.

Las tierras restantes quedaron en poder de la Corona y al producirse la emancipación, pasaron en nuestro país, al poder del Estado Nacional o de las provincias.

Es un derecho originario el que tiene el Estado, sobre las tierras sin dueño, por lo que no tiene una necesidad de presentar un título especial, para reivindicar. Se advierte que se trata de una presunción iuris tantum, ya que los particulares pueden acreditar que adquirieron tierras, presuntamente fiscales, muchas veces a través de la prescripción adquisitiva.

En ocasiones, esta norma entra en conflicto con los reclamos de los pueblos indígenas, los que, en muchos casos alegan ser propietarios de las tierras que ocupan desde antes de la conquista española.

La primera parte del texto , es el argumento que se ha sostenido durante mucho tiempo, incluso por parte de la jurisprudencia de la CSJN para justificar el dominio del Estado, como heredero de la Corona Española, y rechazar de esta forma los reclamos de los pueblos originarios.

Sin embargo, no caben dudas que los indígenas eran los primeros ocupantes de estas tierras antes de la conquista española, y de cuya tierras fueron desposeídos, motivo por el cual no sólo son justos sus reclamos, sino que además y por mandato operativo de la Constitución Nacional, se les restituyen las tierras de las que eran ocupantes tradicionalmente originarios, con lo cual no cabe posibilidad alguna que existan bienes del dominio privado del Estado en los términos del art 2342 inciso 1, del Código Civil.

Si tomamos como base la idea de Mayer, de que el dominio público pertenece a la comunidad y por otro lado los bienes del dominio privado del Estado no son tales, por cuanto desde antaño tenían sus dueños que ocupaban tradicionalmente dichas tierras, aceptar a las comunidades originarias como grupos colectivos permite vincular expresamente la propiedad comunitaria con el dominio público (en cuanto las dos tienen idénticas características), debiendo asignarle a ambas la misma categoría, correspondiendo sea su titular el pueblo indígena, como integrante de la comunidad con personalidad jurídica estatal.

Cabe destacar que el carácter de inenajenabilidad, imprescriptibilidad, intransmisibilidad e inembargabilidad, son extracomunitarios, y afectan a todo el territorio indígena.

Finalmente cabe destacar , como respaldo de la postura que venimos sosteniendo en cuanto a la inactividad gubernamental desarrollada hasta la fecha, que por Ley n° 26160 , sancionada el 1° de noviembre de 2006, y publicada en el BO el 29 de dicho mes y año denominada Ley de Emergencia de la Propiedad Comunitaria Indígena, reglamentada por Dec 1122/07, y complementada con la Resolución 587/07 del INAI, prorrogada por ley 26554 hasta el año 2013 que crea el “Progama Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas”, se dispuso conforme a su artículo 1° declarar en todo el territorio nacional, por el término de cuatro años, la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras , que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro

Nacional de Comunidades Indígenas, o aquéllas preexistentes. (Esta redacción difiere del proyecto original en cuanto este último disponía que la personería jurídica estuviera debidamente inscripta)

Considero que a esta normativa, y sin perjuicio de lo que expondré en relación al resto del articulado, puede formularse distintas observaciones.

En primer término, el art 75 inc, 17 de la CN, reconoce expresamente la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades, y que ya deberían haberseles otorgado, con lo cual se evidencia una contraposición, entre ambas normas, ya que declarar una situación de emergencia al respecto, implica no dar cumplimiento en forma acabada a lo que dispone expresamente el texto constitucional.

El reconocimiento específico de la propiedad comunitaria, no se compadece con la emergencia ocupacional respecto de la misma, porque ello implica admitir en forma expresa la falta de una política legislativa durante más de doce años, sobre el tópico, amén de resultar totalmente contradictorio el art 1° de la ley citada con la norma supralegal.

Asimismo y si, de conformidad con lo expuesto en el capítulo anterior, la personalidad jurídica se adquiere de pleno derecho, desde la vigencia de la reforma constitucional, lo contrario implicaría generar no sólo una situación discriminatoria entre comunidades registradas y las que no lo están, así como continuar exigiendo recaudos que la propia Ley Suprema no requiere. Por otra parte, por qué motivo, sólo habría de declararse la emergencia en relación a las comunidades registradas? Es acaso que las otras son inexistentes como tales?

Por lo demás, tal circunstancia, es demostrativa de que los derechos constitucionales de los pueblos originarios, han tenido que hacerse valer mediante la vía judicial a fin de lograr el reconocimiento de la propiedad comunitaria, a la que refiere la C.N. y que sólo ha merecido protección por aquel medio, corroborado ahora por este precepto, tendiente a impedir el desalojo de las respectivas comunidades de sus tierras. Al fin y al cabo, de quién son éstas?

Con ello se evidencia que hasta tanto no se instrumente una figura jurídica que, otorgue una solución definitiva al tópico al que nos referimos, no se cumplirá con el mandato constitucional, motivo por el cual , proponemos, en este aspecto un instituto

que consideramos adecuado para poner fin a la permanente litigiosidad que el tema territorial acarrea.

Por su parte el art 2, suspende por el término de la duración de la emergencia declarada el trámite de ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1º. A tal efecto, la posesión de las comunidades indígenas, en relación a las tierras debe ser actual, tradicional pública, y estar fehacientemente acreditada.

Este dispositivo se relaciona con lo expuesto precedentemente en cuanto al reconocimiento de la propiedad, con lo cual, considero no debe exigírsele requisito alguno a las comunidades para que sus derechos territoriales sean admitidos.

El art 3 contempla el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de las tierras ocupados por comunidades indígenas del país, y el art 4 crea el Fondo Especial tendiente lograr tal relevamiento, y establecer programas de regularización dominial.

Cabe advertir que se ha suprimido, en relación al proyecto originario, la expresión correspondiente a la consolidación de tierras fiscales y otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, lo cual era un paso muy importante, en cuanto al reconocimiento estatal de la existencia de tierras que evidentemente corresponden a las comunidades originarias. Sin embargo, la supresión de dicha expresión, corrobora la postura que sostenemos en relación a dichas tierras.

Partiendo de la base de lo ya expuesto en relación al art 2342 del C.C. no podría existir desalojo alguno de las comunidades originarias, máxime cuando ellas han sido permanentemente desplazadas de sus tierras y que ameritara los respectivos reclamos a los que referimos precedentemente.

Evidentemente débese reconocer que se ha producido una apropiación inadecuada de territorios indígenas, con el agravante de que se los pretende expulsar de los mismos, lo que origina la necesidad de detener tales desalojos.

Si recordamos el caso de la Comunidad Mapuche Vera, y de acuerdo a investigaciones realizadas, recientemente, una parte del Lote 69 que allí se reclamaba se encuentra ocupado en la actualidad por el complejo vacacional Chapelco, lo cual implica que dichas tierras jamás serán reintegradas a tal comunidad, con lo cual corresponde que el Estado adopte las medidas adecuadas para otorgar otras aptas y

suficientes a fin de lograr la ubicación definitiva de ese grupo indígena. Esto demuestra una vez más, de qué manera fueron desplazados de las tierras que tradicionalmente ocupaban.

Considero finalmente que los arts 3 y 4 en su redacción originaria y no obstante su modificación ulterior, respecto de la ley en definitiva sancionada, respaldaba la postura que hemos venido sustentando en materia de dominio privado del Estado, cuando la normativa contempla la necesidad de efectuar un relevamiento de la situación dominial y de las tierras ocupadas, por las comunidades indígenas del país, así como evaluar las tierras fiscales provinciales y nacionales, y la compra de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

Ello implica, constatar en la actualidad, en qué situación se encuentran las comunidades en materia de tierras y la toma de conciencia del Estado de recurrir a las tierras fiscales, para ser otorgadas a las mismas.

Sin lugar a dudas, dicha expresión debió haberse mantenido a fin de extinguir los conflictos indígenas, y de esta manera dar una solución definitiva al tópico, pero reitero, la redacción definitiva de la norma, en nada afecta, sino que por el contrario avala nuestra tesis.

Corresponde señalar que la citada norma, fue prorrogada por Ley 26554 (18-11-09) hasta el 23 de noviembre de 2013.

Como corolario, de lo expuesto, entiendo que la figura del municipio, es la adecuada para consolidar la posesión y propiedad comunitaria de tierras de los pueblos indígenas, así como el reconocimiento de su autonomía.

Como corolario de lo expuesto, y evocando a Sabsay, en relación a todo dispositivo que no impide la concreción constitucional, si una norma obstaculiza el cumplimiento de la Constitución Nacional, debe ser desactivada, al impedir el ejercicio de derechos fundamentales.

ANEXO LEGISLATIVO PROYECTO DE LEY SOBRE RESTITUCION DE TIERRAS

Por la importancia que reviste el proyecto de ley 5322-D-2006, aún cuando no se haya concretado, y por compartir el suscripto el contenido del mismo, el

cual se ve avalado “mutatis mutandi” por el contenido de la sentencia dictada por el titular del Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 5, el 1-4-2011 en la causa “IMP. NN s/ Denuncia. Querellante Hirabedian, Gregorio” en el cual hace referencia a los sucesos históricos conocidos como Genocidio Armenio acaecido entre los años 1915/1923, que pueden ser tomados como referencia temporal para la aplicación del proyecto citado, es que a continuación se transcribe el mismo

RESTITUCION DE LAS TIERRAS DE LA FAMILIA CURIÑANCO - RUA NAHUELOUIR

Artículo 1° – Se declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el denominado “Predio Santa Rosa”, sito en el kilómetro 1.448 de la ruta nacional 40, en el paraje Leleque, localidad de El Maitén, departamento de Cushamen, provincia del Chubut, de aproximadamente 535,8 hectáreas de superficie, formado por el polígono cuyas coordenadas son:

Punto 1: 42° 25 12.1'' y 71° 06 20.2'';

Punto 2: 42° 25 41.2'' y 71° 07 01.7'';

Punto 3: 42° 28 28.6'' y 71° 06 18.2'';

Punto 4: 42° 28 33.3'' y 71° 05 45.6''.

Art. 2º – El inmueble que se declara sujeto a expropiación por esta ley será restituido gratuitamente a sus anteriores ocupantes por cualquier título, desalojados en el marco de la causa número 159 - 159 del año 2003, del Juzgado en lo Correccional de Esquel, provincia del Chubut.

Art. 3º – Los montos que deban abonarse en concepto de indemnización por la expropiación dispuesta por esta ley, serán equivalentes a las sumas que oportunamente hubiera abonado su actual titular al adquirirlas, no resultando de aplicación en consecuencia el capítulo IV ni el artículo 20 de la ley 21.499.

Art. 4º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Carlos A. Tinnirello.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto no es más que la continuidad lógica del que presentáramos el día 5 de julio de 2004 (expediente 4.013-D.-04), en el que expresábamos nuestro “profundo rechazo al fallo emitido por el Juzgado Correccional de Esquel, provincia del Chubut, a cargo del juez Jorge Eyo, desconociendo los legítimos derechos a su tierra de la familia mapuche de Atilio Curiñanco y Rosa Rúa Nahuelquir y haciendo lugar a los cuestionados títulos de la Compañía de Tierras Sud Argentino, propiedad de la multinacional Benetton”.

La altísima concentración de tierras en pocas manos (la mayoría, extranjeras), se refleja en los siguientes datos:

–El 70 % de la superficie en propiedad privada en los departamentos Huiliche y Lacar (donde está San Martín de los Andes y Junín de los Andes, Neuquén,) está en manos de propietarios extranjeros.

–6.900 familias y empresas multinacionales son dueñas del 50 % del territorio nacional.

–Considerando el criterio de explotaciones agropecuarias del Censo Nacional Agropecuario 2002 y tomando en cuenta que en el total de los departamentos cordilleranos del Chubut hay alrededor de 2.000 productores distribuidos en los 6 millones de hectáreas existentes, de las cuales 1 millón tiene bosque, podemos armarnos nuestro propio mapa de la concentración de la tierra: sólo un 3 % de los productores (con más de 20 mil hectáreas cada uno) concentra el 40 % de la tierra, mientras que el 70 % (con explotaciones de menos de 2.500 hectáreas), sobrevive en el 10 % de la tierra. El resto se reparte en explotaciones de entre 2.500 y 20 mil hectáreas, con lo que si sumamos a los sectores que más concentran (entre 2.500 y más de 20 mil hectáreas) tenemos que el 90 % de la superficie está en el 30 % de las manos.

–El 82 % de los productores rurales son familias campesinas y trabajadores que sólo ocupan el 13 % de la tierra.

–En la década pasada, más de 200 mil familias fueron expulsadas del campo hacia barrios empobrecidos de las grandes ciudades.

–En la última década aumentó en un 14 % la población de las zonas urbanas y disminuyó en un 8 % la de zonas rurales.

–El empresario italiano Luciano Benetton es dueño de 1,8 millón de hectáreas, el magnate norteamericano Douglas Tompkins de medio millón, el empresario estadounidense Ted Turner tiene 70.000 hectáreas, el británico Joe Lewis 15.000, el financista húngaroestadounidense George Soros 400.000 hectáreas.

En relación al predio que se pretende restituir a sus legítimos dueños, cabe mencionar que su titular registral es una “empresa fantasma” de la que se sabe que tiene 900.000 hectáreas en el país, pero se ignora quiénes son sus socios, los titulares de las acciones, etcétera.

El fallo que garantizó a Benetton la intangibilidad de su patrimonio se basó en una fotocopia borrosa de una escritura de donación de unas 900.000 hectáreas otorgada por el entonces presidente Uriburu en 1896 a diez ciudadanos ingleses en fracciones de unas 90.000 hectáreas cada una (algunas más, otras menos).

Violando la legislación entonces vigente, la escritura se hizo ante un escribano de Capital Federal, cuando debía hacerse ante el escribano general de gobierno.

De acuerdo con la legislación vigente en la época de la donación, una persona o sociedad no podía adquirir (menos recibir en donación) una superficie mayor a 40.000 hectáreas y tampoco dos lotes; y las donaciones no podían superar superficies de un “cuarto de legua” o 625 hectáreas.

Si se vendían (que no es el caso ya que se trató de una donación) se debían realizar remates públicos con base mínima y el Estado no podía rematar más allá de un máximo por año que le fijaba la normativa en vigor; precisamente para evitar la adquisición de superficies –como las del caso– de 900.000 hectáreas por un solo particular.

En las estancias que se mencionan en la donación se encuentran la estancia Leleque, la estancia Lepa y otras, dejando constancia en la escritura de que se entregan con mejoras incluidas, cuando hasta el día de hoy la mayor parte de esas estancias carecen de mejora alguna.

En la fotocopia del título (en estado borroso) figura luego una transferencia de estos ciudadanos ingleses a un apoderado de la compañía de tierras. Así se consuma el apoderamiento de 900.000 hectáreas a nombre de esa sociedad, siempre que se acepte como válido el “borroneado” título acompañado.

La compañía de Tierras del Sur (titular registral del Predio Santa Rosa) no estuvo inscrita en la ex inspección de personas jurídicas, ni en la Inspección General de Justicia de la Nación. En la provincia del Chubut no está inscrita en ningún registro.

En los certificados del Registro de Propiedad Inmueble presentados por la empresa de la estancia Lepa y de la estancia Leleque (de 96.000 hectáreas una y de 85.000 hectáreas la otra) figura la “obligación de mensurar”. Se refiere a la mensura perimetral (“mensura sobre el alambre”). En ninguna de las dos estancias se realizó la mensura exigida. Esa mensura se exige para “certificar que lo que está dentro del alambre es igual a lo que está en el título”. Así de elemental. Si las estancias de las que la compañía de tierras dice ser propietaria no están mensuradas, ¿cómo puede determinarse que la finca que se exige restituir a la familia mapuche se encuentra dentro de esas estancias? Un error de “apenas” el 1 % en una superficie de 96.000 hectáreas implica nada más y nada menos que 960 hectáreas. ¿Cómo asegurar que el predio Santa Rosa se halla dentro o fuera de la estancia Lepa?

¿Cómo aceptar sin más que se invoque un título donde un presidente de la Nación – violando los mecanismos legales vigentes de la época– done en un solo día una quinta parte de la provincia del Chubut, cuando la política de donar se justificaba con el objetivo de “poblar”, o sea con muchas familias? Por eso estaba prohibida la donación o cesión de superficies más amplias.

La ley de tierras 3.675 de la provincia del Chubut prohíbe a las sociedades anónimas o a aquellas en las que no se conozcan los titulares de las acciones, ser titulares de tierras fiscales.

El saqueo a los pueblos originarios –genocidio mediante– abrió paso al latifundio, la especulación, el peculado, la corrupción. Como lo señala Odone el Estado se desprendió en 1885 “a favor de 541 particulares de 4.750.471 hectáreas” (Jacinto Odone, *La burguesía terrateniente*, página 218). Milcíades Peña remarca: “Sí, no hay ningún error: 4.750.471 hectáreas entre 541 personas”. (De Mitre a Roca, página 78.)

Entre 1876 y 1903, en menos de treinta años, el Estado regaló, o vendió por monedas, 41.787.023 hectáreas a 1.843 personas (Milcíades Peña, obra citada, página 79). Recordemos que el genocidio se justificó argumentando que lo que se pretendía era poblar la Patagonia.

Como lo señaló Mauro Millán, de la Organización de Comunidades Indígenas Mapuche-Tehuelche Once de Octubre, “en el siglo XIX, la Argentina se abrió a la inmigración extranjera, pero a los indígenas nos exterminaban, por eso se obsequiaron las tierras de la Patagonia a los ingleses con todas nuestras comunidades en el interior” (“I.P.S.”, 1/6/04).

El presidente Juárez Celman, en 1888, señalaba: “Dicen que dilapido la tierra pública, que la doy al dominio de capitales extranjeros: sirvo al país en la medida de mis capacidades. Pellegrini mismo acaba de escribirme que la venta de 24.000 leguas sería instalar una nueva Irlanda en la Argentina. ¿Pero no es mejor que esas tierras las explote el enérgico sajón y no que sigan bajo la incuria del tehuelche?”. Por supuesto que el “héroe” –el genocida Roca– fue debidamente premiado. “Se quedó con una dádiva de 15.000 hectáreas.” (Bayer.)

Entre esas tierras se encuentran las entregadas a ciudadanos ingleses cuyos espurios títulos –teñidos de sangre, ilegalidad y fraude– invocan con cínico ardor los Benetton.

Este proyecto no hace más que responder al reclamo de numerosas organizaciones.

El Tercer Futa Trawün (Tercer Parlamento Mapuche), celebrado los días 17 y 18 de abril de 2004, ha destacado “la dignidad de nuestros hermanos, a quienes la Compañía de Tierras del Sud Argentino intentó extorsionar al ofrecer su renuncia a la acción penal a cambio de que ellos dejaran sin efecto su reclamo territorial. La negativa de los Curiñanco Nahuelquir fue tan enérgica y rotunda que se escuchó hasta en Italia. Sus ecos todavía se perciben sobre las 900.000 hectáreas que posee la compañía e incluso en el lejano Treviso, base de operaciones de Benetton. El gesto de nuestros hermanos se relaciona con la mejor tradición de lucha que aprendimos de nuestros antepasados”.

Entendemos que todos los supuestos títulos de propiedad de estas sociedades anónimas deben caducar por muchas razones pero especialmente por sus orígenes ilegítimos y por violentar incluso normas constitucionales. Por otra parte, como lo señala la organización Enlace Mapuche Internacional “los mapuches siempre han cuestionado la legalidad de los títulos de propiedad que estas empresas dicen tener y sostenido que esas tierras... les pertenecen. Las comunidades mapuches han reiterado que jamás han renunciado a la pertenencia de esos territorios; que seguirán exigiendo se les restituya y se han comprometido a no detener su lucha, hasta que el Estado argentino les reconozca el derecho a vivir en las tierras de sus ancestros” (comunicado de prensa; 10 de junio de 2004). El pueblo mapuche nunca dejó de reclamar por las tierras de sus ancestros y sus derechos brutalmente desconocidos. De otra forma lo expresa Millán: “El problema lleva más de un siglo y continuará, por la precaria situación legal de los indígenas respecto de sus tierras”. “Sus abuelos –recordó– fueron desalojados de un predio comunitario, y sus padres fueron empleados de una hacienda de la Compañía de Tierras Sud Argentino.” (“I.P.S.”; 1/6/04.)

Como un aporte a esa lucha propiciamos la sanción de este proyecto de repudio a un fallo escandaloso que profundiza la injusticia de la situación planteada.

Oswaldo Bayer, refiriéndose a este fallo judicial y a la necesidad de rechazarlo, expresó que “tienen que expedirse los diputados y los senadores nacionales. Hay un camino legal sagrado: el hacer respetar la limpia dignidad de los pobladores de estas tierras...”

Antes que los dólares de Benetton, los sentimientos y los derechos de Atilio Curiñanco y Rosa Nahuelquir. La ética”. (“Página/12”).)

Incluso un análisis puramente jurídico pone en tela de juicio la validez de las adquisiciones de las tierras arrebatadas a los pueblos originarios a raíz de la denominada “Conquista del Desierto”.

La campaña de exterminio encabezada por Julio A. Roca fue, técnicamente, un genocidio. Efectivamente: el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (que tiene jerarquía constitucional) define a dicho delito como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico o religioso como tal: *a*) matanza de miembros del grupo; *b*) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; *c*) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; *d*) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; *e*) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

El Estado nacional, por medio de su Ejército, ejecutó todos y cada uno de los hechos enumerados en la norma transcrita, con la clara finalidad de destruir totalmente al grupo étnico que conforman los pueblos originarios. El propio Julio A. Roca así lo dijo: “Sellaremos con sangre y fundiremos con el sable, de una vez y para siempre, esta nacionalidad argentina, que tiene que formarse, como las pirámides de Egipto, y el poder de los imperios, a costa de sangre y el sudor de muchas generaciones”.

Por otro lado, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Delitos de Lesa Humanidad (que también tiene jerarquía constitucional) establece en su artículo 1º que: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido:[...] *b*) [...] el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Esta norma establece una suerte de retroactividad de la convención, al decir que los crímenes que enuncia son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. En consecuencia, las acciones emergentes del genocidio de 1879-1884 son imprescriptibles.

Asimismo, la convención consagra la inoponibilidad de la legislación interna en materia de genocidio. De acuerdo con la legislación vigente en la época del genocidio que motiva este proyecto, las acciones llevadas a cabo por el Ejército Nacional eran perfectamente legales, ya que se llevaron a cabo conforme lo dispuesto por las leyes 215 y 947. No obstante, de acuerdo con la Convención, debe igualmente considerársele un crimen imprescriptible.

Un principio básico del derecho es que nadie puede beneficiarse de los hechos ilícitos que hubiera cometido. De allí se derivan todas las disposiciones legales que obligan al responsable de un delito a reparar el daño causado, a restituir lo mal habido, etcétera. En consecuencia, los responsables del genocidio no pueden beneficiarse con lo obtenido a raíz de él. Por ello, devienen nulos los actos que sean consecuencia de estos hechos, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. De este modo, los afectados por estos hechos pueden en cualquier momento ejercer las acciones a que los mismos dan lugar, y deben en todo momento arbitrarse los medios para reparar las consecuencias del genocidio.

En otros términos: las consecuencias de los delitos imprescriptibles adolecen de nulidad absoluta, por lo que “puede y debe ser declarada [...] aun sin petición de parte [...] Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba [...] Puede también pedirse su anulación [...] en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación” y “La nulidad [...] vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban al momento del acto anulado. Finalmente, “todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual [...]” (artículos 1.047, 1.050 y 1.051 del Código Civil). En consecuencia, la apropiación que hizo el Estado nacional de las tierras del sur del Río Colorado, como resultado del genocidio encabezado por Roca, es un acto absoluto e insanablemente nulo. Y todos los actos derivados de un acto nulo son, a su vez, nulos. Eso es lo que quiere decir el Código Civil cuando dispone que: “La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.” En otras palabras: las compras que hicieron Bennetton, Lewis, Schwarzenegger, Turner, etcétera, son nulas, simplemente porque derivan de un acto nulo. Y, según dispone el propio Código Civil, “La nulidad

[...] vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban al momento del acto anulado”. Es decir: en relación a las tierras del sur del Río Colorado, hay que volver la situación al momento anterior a la llamada Conquista del Desierto.

Anexo. Documento del Equipo Nacional de Pastoral Aborigen

Situación de los Pueblos Originarios (2014)

23.04.2014

En una reflexión con motivo de la Semana de los Pueblos Indígenas, el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (Endepa) advirtió que hoy más que nunca la vida de los pueblos indígenas está amenazada de raíz por “la implantación de un modelo social” que crea “formas poderosas de exclusión y muerte de los sistemas de vida ligados a la tierra” y destruye y aniquila con “megaproyectos de supuesto desarrollo” los territorios ocupados por las comunidades originarias. Tras afirmar que “los pueblos indígenas son los indicados para decidir qué necesitan para fortalecer su cultura, preservar su identidad y garantizar sus proyectos futuros”, reclamó “la titularización de sus territorios”. “Es tiempo de que sus reales intereses y necesidades estén, de una forma honesta, en la agenda de las políticas públicas del Estado”, subrayó.

En una reflexión con motivo de la Semana de los Pueblos Indígenas, que con diversas actividades se desarrolla del 19 al 25 de abril, el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (Endepa) advirtió que hoy “más que nunca la vida de los pueblos indígenas está amenazada de raíz, por la implantación de un modelo social que pone el lucro por encima del valor humano y de la vida en general, y crea formas poderosas de exclusión y muerte de los sistemas de vida ligados a la tierra, como es el indígena”.

“Los bienes y recursos que aún se encuentran en los territorios ocupados por las comunidades originarias están siendo destruidos y aniquilados con megaproyectos de supuesto desarrollo que hacen desaparecer rápidamente bosques, selvas, montañas...”, alertaron.

Asimismo, señalaron que esos emprendimientos “contaminan y agotan los ríos, el agua, la tierra y demás bienes naturales, las plantas, el subsuelo, que constituyen los territorios indígenas”.

Endepa destacó, sin embargo, que “hay importantes avances en el derecho a la tierra y del territorio indígena, a la posesión y la propiedad comunitaria”, al recordar en ese sentido la reforma de la Constitución Nacional, que cumplirá 20 años, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración Internacional de los Derechos Indígenas.

“Los pueblos indígenas son los indicados para decidir qué necesitan para fortalecer su cultura, preservar su identidad y garantizar sus proyectos futuros. Por lo tanto es importante la titularización de sus territorios. Es tiempo de que sus reales intereses y necesidades estén, de una forma honesta, en la agenda de las políticas públicas del Estado”, reclamó.

Endepa explicó que desde sus comienzos en 1980 procura “dar a conocer la situación de

los pueblos indígenas en la Argentina. Con ese fin y a partir de ese año se promovió en el país la Semana del Aborigen, que más tarde se empieza a denominar Semana de los Pueblos Indígenas”.

Informes: www.endepa.org.ar