

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL

Maestría en Magistratura
y Derecho Judicial

Departamento de Derecho Judicial

La perspectiva indígena
Estándares de protección de sus derechos territoriales

Alejandra Elizabeth Barrionuevo

39

THOMSON REUTERS
LA LEY

UNIVERSIDAD
AUSTRAL
DERECHO



Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Rodríguez
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Vicerrector de Asuntos Académicos

Abog. Juan Pablo Magdaleno
Secretario General

Dr. Domingo Tarzia
Vicerrector de Investigación

Esp. María Susana Urrutia
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Dr. Luciano Elizalde
Dra. Viginia Sarría Allende
Consejeros

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Manuel García-Mansilla
Decano

Dr. Sebastián Balbín
Vicedecano

Dr. Andrés Sánchez Herrero
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dra. Miriam Ivanega
Mag. Celina Cantú
Consejeras

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. Gustavo Sa Zeichen
Coordinador Académico del Departamento de Derecho Judicial

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial
de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

Rodolfo Vigo
María Gattinoni
Néstor Sagüés
Jorge Jiménez Martín
Carlos Alberto Andreucci
María Lilia Díaz Cordero

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

Alejandra Elizabeth Barrionuevo

Directora: Mag. María Rosario Augé

LA PERSPECTIVA INDÍGENA

ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN
DE SUS DERECHOS TERRITORIALES



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

THOMSON REUTERS

LA LEY

Barrionuevo, Alejandra

Cuaderno de Derecho Judicial N° 39 : la perspectiva indígena : estándares de protección de sus derechos territoriales / Alejandra Barrionuevo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4212-0

1. Derecho. I. Título.

CDD 341.4853

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2021
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4212-0

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

Alejandra Elizabeth Barrionuevo nació en Posadas, provincia de Misiones, el 27/04/1966. Obtuvo el grado de abogada en la Universidad Nacional del Nordeste en el año 1986, es especialista en Derecho Procesal por la misma Universidad (2002) y magíster en Derecho y Magistratura Judicial por la Universidad Austral (2019). Es funcionaria de la Justicia Provincial desde el año 1987 hasta la fecha, habiendo desempeñado tareas en la justicia laboral entre los años 1987 y 2010, y desde esa fecha a la actualidad en el Centro de Capacitación y Gestión Judicial. También es secretaria general adjunta del Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas (Reflejar) desde el año 2018. Es investigadora docente de la Universidad Gastón Dachary. Ha participado de distintos certámenes de publicaciones jurídicas y obtuvo varios premios. Se han publicado trabajos suyos propios y en colaboración. Se desempeñó como docente en la Universidad Católica de Santa Fe (Facultad de Derecho) y en la Universidad del Salvador (Recursos Humanos), ambas en sus sedes de Misiones. Actualmente es profesora de la Cátedra de Derecho Probatorio y Garantías Judiciales de la Especialización de Derecho Procesal de la Universidad Gastón Dachary. Vive en Posadas, provincia de Misiones, junto con su esposo, Rolando Paredes, y sus hijos Milena y Joaquín Paredes.

PRÓLOGO

La presente tesis es una investigación de derecho aplicado para optar por el título de Maestría en Magistratura en Derecho Judicial, que fue elaborada por Alejandra Elizabeth Barrionuevo.

Al inicio, la autora realiza una breve retrospectiva histórica, marcada por el debate ético entre el orden eclesial y la realeza española de ese momento, que se zanjó con las reformas sociales, económicas, políticas y otras adoptadas por el virrey Francisco de Toledo, que constituyó lo que posteriormente se denominaría la “República de los Indios” y la “República de los Españoles”. Este conjunto de reformas trastocaría fundamentalmente el control territorial de los pisos ecológicos, de las distintas naciones y pueblos indígenas y que en el caso argentino alcanzaría fundamentalmente lo que ahora es la provincia de Jujuy.

A partir de ello, la autora plantea la necesidad de encontrar los mecanismos jurídicos más adecuados para impartir justicia y proteger a los “pueblos y comunidades indígenas” que habitan la República Federal de Argentina; y que además se plasmen en la titularidad de la tierra y el territorio, lo que sin duda es novedoso en el ámbito jurídico argentino. Para ello, sitúa su investigación en el marco de una sociedad multicultural y de pluralismo jurídico, es decir la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico, lo cual es una sutil invitación a abandonar la concepción de un Estado Nación que permita la reducción de la vulnerabilidad de los grupos afectados, brindando instrumentos y principios a los jueces y magistrados provinciales y federales, que cualifique la impartición de justicia.

Con fines pedagógicos, la investigación parte de una concepción clásica de nación o pueblo, vinculado estrechamente a un territorio o medio ambiente común, con sistemas económicos, sociales, culturales, espirituales e ideológicos comunes, explorando a partir de allí las concepciones de identidad y auto identificación, vinculadas estrechamente a un sentido psicosocial, para situarnos en la Reforma Constitucional Argentina de 1994, que entre sus partes más relevantes: reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y otras reconocidas en su Constitución.

A partir de allí, la autora brinda una serie de principios, líneas y directrices que permiten al operador jurídico argentino comprender de forma integral la realidad sometida a su decisión, conjugando con los convenios

y tratados internacionales, su jurisprudencia, la amplitud normativa argentina y los vacíos legales que de ella emanan. Esta amalgama de principios y directrices estimularán, en su criterio, la resolución de conflictos, el respeto a las normas y procedimientos propios de los pueblos y comunidades, el respeto a las diversidades nacionales; y procurará cerrar el vacío existente entre el derecho sustantivo y adjetivo, que impide a los pueblos y comunidades indígenas argentinas ejercer efectiva y materialmente sus derechos colectivos a un territorio ancestral.

De esta forma, el juzgador argentino puede acudir a los convenios y tratados internacionales y en especial a las directrices de interpretación que brinda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, otorgando un norte a los jueces, a través de un conocimiento jurídico particularizado, reivindicando la atribución del poder judicial de aplicar los estándares en sus resoluciones jurisdiccionales. Sin embargo, paralelamente, la autora recomienda que el operador de justicia recurra a la mirada ética para dilucidar sobre cuáles son las mejores soluciones para las situaciones específicas, de modo que sirvan como guías que estarán en permanente progreso en una sociedad pluricultural o plurinacional, donde los derechos deben ser conjugados por los operadores jurídicos de acuerdo con las peculiaridades de la cultura y de los colectivos a los que pertenezcan.

Por esta razón, el pluralismo jurídico se torna central, pues brinda un marco general y referencial de análisis judicial para comprender y sostener la multiculturalidad, de modo tal que permita reconocer otras o nuevas formas de regulación de derechos dentro de un mismo Estado; en el entendimiento que solo sobre este presupuesto es válido afirmar derechos iguales para grupos diferentes, en la búsqueda de los consensos situacionales necesarios para el ejercicio de estos. La investigación culmina brindándonos una suerte de ruta crítica que cada juzgado debe conocer y aplicar para conciliar los intereses, visiones y derechos, de forma que se respete la diversidad, de tal forma que las sentencias judiciales tengan un valor pedagógico y social que permita al Estado la consolidación de la riqueza social y cultural de la sociedad, cumpliendo los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, mejorando las relaciones del Poder Judicial con la ciudadanía, fortaleciendo el papel social del derecho con una visión inclusiva, con sensibilidad y tolerancia frente a la diversidad, reposicionando la dignidad y el valor social de los jueces y las instituciones de justicia.

Mag. Iván Lima Magne⁽¹⁾

(1) Ministro de Justicia de Bolivia. Graduado de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Biografía profesional y académica	V
Prólogo	VII

AGRADECIMIENTOS

.....	3
-------	---

INTRODUCCIÓN

1. Planteo del problema	5
2. Propuesta metodológica	6

DESARROLLO

1. Cuestiones preliminares	9
1.1. ¿Qué se entiende por territorio indígena?	10
1.2. ¿Cómo se identifica a las comunidades indígenas? Criterios	11
1.3. ¿En qué consiste la identidad de los pueblos indígenas?	12
1.4. ¿Qué implica el reconocimiento que hace la Constitución de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas?	12
1.5. ¿Cómo se vinculan con la tierra?	12
2. Capítulo I: El marco jurídico de los derechos territoriales indígenas	13
2.1. Monismo jurídico	13
2.2. Pluralismo jurídico y diversidad cultural	14
2.3. Modelos constitucionales de reconocimiento de derechos indígenas	17
2.4. Estado de situación de la República Argentina: Constitución Nacional y normativa internacional	18
3. Capítulo II: Principios jurídicos involucrados en la cuestión territorial indígena	21
3.1. Principio pro pueblo indígena	22
3.2. Principio de no discriminación: igualdad y diversidad cultural	23
3.3. Principio de autoidentificación o pertenencia étnica	26
3.4. Principio de la maximización de la autonomía	27

	Pág.
3.5. Principio de acceso a la justicia	28
3.6. Principio de protección especial a sus territorios y recursos naturales.....	29
3.7. Principio de participación, consulta y consentimiento.....	30
4. Capítulo III: Derecho aplicable: las normas jurídicas. Derechos de las comunidades y deberes de los Estados	30
4.1. Derechos de las comunidades. Normativa internacional y nacional.....	30
4.2. El nuevo Código Civil y Comercial unificado y la naturaleza jurídica del derecho de propiedad comunitario indígena	38
4.3. Deberes de los Estados	40
5. Capítulo IV: Derecho judicial. La construcción de la perspectiva indígena desde la voz de los jueces.....	42
5.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos territoriales y los vinculados a ellos	42
5.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuestiones territoriales indígenas.....	48
6. Capítulo V: Alcance y contenido de los derechos. Los estándares de protección	53
6.1. Concepto, definición y objeto de los estándares.....	53
6.2. Los estándares fijados por el sistema interamericano para los pueblos originarios. La protección de la tierra y del territorio. Su vinculación con los recursos naturales y del medio ambiente	54
6.3. Relación entre los estándares. ¿Presupuesto o consecuencia?.....	60
6.4. Hacia una ética de la convergencia	61

CONCLUSIONES

.....	63
-------	----

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina.....	65
1.1. General	65
2. Jurisprudencia	70
3. Declaraciones, informes, opiniones consultivas y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	72
4. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	73
5. Legislación	73
6. Artículos de interés consultados	73

LA PERSPECTIVA INDÍGENA

ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN

DE SUS DERECHOS TERRITORIALES

Por Alejandra Elizabeth Barrionuevo

AGRADECIMIENTOS

A los docentes que generosamente han contribuido a mi formación, a mis superiores por permitirme la posibilidad de continuar y aplicar todo lo aprendido y a todos los colegas que colaboraron reflexivamente con la investigación del tema.

A mi familia por el permanente apoyo, y en especial, a mi padre, mentor y artífice de la elección del Derecho como camino de vida.

INTRODUCCIÓN

I. Planteo del problema

Tomando como punto de partida aquella discusión mantenida en el seno de la Junta de Valladolid entre los años 1550 y 1551, denominada comúnmente *polémica de los naturales* ⁽¹⁾, que enfrentó dos formas antagónicas de concebir la conquista de América —interpretadas románticamente como la de los defensores y la de los enemigos de los indios—, y la proyección de estas ideas a lo largo del tiempo, esta investigación pretende instalar en el ámbito judicial la necesidad de asimilar positivamente un nuevo paradigma respecto de los derechos de las poblaciones originarias sobre sus tierras y territorios.

El actual estudio de la cuestión plantea como una instancia pública, política y especialmente judicial, reconfigurar conceptos de las ciencias jurídicas, como ser la igualdad y la propiedad en la vida democrática, incorporando las particularidades históricas y culturales de las comunidades indígenas. Del mismo modo, conlleva pensar en una distribución de los bienes fundamentales condicionados por el significado e interpretación que las normas le otorgan, en un mutuo conocimiento de las diferencias, a partir de la cual distintas identidades pueden tener el mismo valor.

En razón de ello se torna necesario considerar los mecanismos más adecuados para la protección igualitaria que merecen estos derechos, por estar estrechamente ligados a sus costumbres y creencias, a su idiosincrasia, a su cosmovisión. Los derechos territoriales indígenas se constituyen en un todo indivisible con los demás derechos indígenas, no pueden ni deben ser tomados de manera aislada.

Y es en este punto donde la actividad judicial reviste singular importancia en la misión de afianzar la justicia, por cuanto solo el intérprete está llamado a brindar contenido a aquel horizonte que el legislador no pudo vislumbrar

(1) FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, “La Controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas: Una Revisión, Universidad de Barcelona. La polémica de los naturales: representada por un lado por Fray Bartolomé de las Casas, considerado hoy pionero de la lucha por los derechos humanos; y por el otro, por Juan Ginés de Sepúlveda, que defendía el derecho y la conveniencia del dominio de los españoles sobre los indígenas, a quienes además concebía como naturalmente inferiores”, Puede verse en: [http://www.raco.cat/index.php/boletinamericanista/article/viewFile/98598/146195-fecha 07/05/18](http://www.raco.cat/index.php/boletinamericanista/article/viewFile/98598/146195-fecha%2007/05/18).

al momento del dictado de la ley, que actualmente ha sido completada por el derecho internacional.

Esta labor de los jueces impone un abordaje interdisciplinar, tanto por la extensión de la materia como por la complejidad de su esencia, puesto que involucra no solo una visión antropológica, política, sociológica e incluso filosófica, sino también una perspectiva diferente a la que viene sosteniendo inveteradamente la jurisprudencia.

De allí la necesidad de incorporar una nueva mirada por parte de los magistrados para la comprensión de los fenómenos que constituyen el objeto de estudio, acerca de estas comunidades por ser quienes reclaman su reconocimiento y protección efectiva, con especial acento en los derechos humanos.

Se propone al Pluralismo Jurídico ⁽²⁾, como marco general y referencial de análisis, en el entendimiento que solo sobre ese presupuesto es válido afirmar derechos iguales para grupos diferentes, y desde ese punto hacia la búsqueda de los consensos situacionales necesarios para el ejercicio de estos.

En definitiva, la propuesta consiste en instalar la *perspectiva indígena* en el razonamiento judicial que, con basamento en el pluralismo jurídico, la normativa actual y los estándares elaborados por la jurisprudencia internacional, constituya una herramienta para los juzgadores al resolver conflictos que involucren derechos territoriales indígenas, generando un avance para el ejercicio de estos por parte de sus titulares frente a los distintos poderes del Estado.

2. Propuesta metodológica

Tratándose de una tesis de derecho aplicado, el presente trabajo pretende contribuir a la elaboración de los argumentos teóricos y prácticos requeridos por los magistrados a los fines de resolver causas judiciales referidas a cuestiones territoriales indígenas, que, por lo novedoso en el ámbito jurídico, plantean la necesidad de asimilar un cambio de paradigma.

El estudio se propone resolver problemas jurídicos concretos de la realidad, que revisten especial complejidad, dado que se trata de actores colectivos, y de un sector vulnerable de la sociedad.

Para ello se realizó una descripción del marco jurídico en que se encuentran actualmente los derechos indígenas en general, el pluralismo jurídico, partiendo de los instrumentos jurídicos internacionales que le dan sustento, se explican los principios fundantes que hacen a su protección integral, se describen las normas que regulan tales derechos, para concluir en el análisis

(2) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf> del 18/02/2017

de los estándares jurídicos surgidos a partir de la jurisprudencia, principalmente la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se propone una mirada ética sobre la problemática, y se desarrollaron pautas o guías para fallar con *perspectiva indígena*, todo a partir de la consulta de prestigiosos doctrinarios en la materia, artículos obtenidos de la web, material multimedia publicado en sitios especializados, etc.

Esto permite mostrar que el estudio propuesto se inserta en lo investigado anteriormente, pero que la propuesta construye sobre y extiende el trabajo de anteriores investigadores, dirigiéndose a un destinatario calificado como ser los magistrados judiciales.

Las fuentes consultadas fueron: las normativas internacionales y nacionales, la jurisprudencia y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como también de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

DESARROLLO

El Poder Judicial está llamado a asumir un rol fundamental en el Estado de derecho, que consiste en la resolución de las causas que se someten a su jurisdicción, pero realizadas bajo estándares que propicien la protección de los derechos humanos en sus diversas formas, y entre ellos los que se correspondan a individuos y a las comunidades formadas por ellos, pues este siglo está ligado ineludiblemente a los derechos colectivos.

Por otra parte, es el órgano encargado de cumplir y hacer cumplir las obligaciones internacionales del Estado, cuando los otros poderes dieron respuestas insatisfactorias o insuficientes, lo que lo convierte de algún modo en el garante de las obligaciones oportunamente asumidas.

Frente al universalismo de los derechos humanos, puede suceder que el intérprete tenga dudas acerca de la mejor solución que debe brindar al caso, pues la aparente colisión en que pueden verse enfrentados los derechos genera en la práctica la necesidad de contar con nuevas estrategias que optimicen su máximo alcance: justamente, de eso se trata el juzgar con perspectiva de derechos humanos.

Tal como lo sostiene Silvina Ramírez: “El sistema judicial, como uno de los pilares básicos del sistema democrático, tiene un rol preponderante a cumplir no solo en el tratamiento de las minorías, sino en la construcción de un discurso basado en la no discriminación y la tolerancia” ⁽³⁾.

Ello supone ante todo conocer el marco jurídico de referencia referido a los derechos que se pretenden dilucidar, también las normas que regulan esos contextos, pero por sobre todo, los principios, sumando una visión realista que implica haber tenido en cuenta la opinión de los protagonistas, en este caso, las comunidades indígenas.

1. Cuestiones preliminares

Para abordar la temática se propone precisar algunos conceptos que cobran relevancia al resolver casos que involucren cuestiones territoriales indígenas, respondiendo los siguientes interrogantes.

(3) RAMÍREZ, SILVINA, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico. Administración de justicia indígena”, <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/ramirez.htm> de fecha 15/07/2019

1.1. ¿Qué se entiende por territorio indígena?

Se trata de un concepto amplio, que alcanza a las tierras propiamente dichas, al territorio como hábitat; en los términos del Convenio 169 de la OIT ⁽⁴⁾ y de la jurisprudencia de la Corte IDH ⁽⁵⁾, comprende el derecho de propiedad colectiva de la tierra que utilizan históricamente, como asimismo el derecho de ejercer poder dentro de ellas, mediante sus instituciones, autoridades, normas y mecanismos de resolución de conflictos.

Resulta muy ilustrativa la explicación que brinda del concepto Toledo Llancaqueo, que integra y reúne los múltiples derechos colectivos indígenas, bajo la categoría unificadora de “territorio” como eje conceptual de la plataforma de reivindicaciones del movimiento indígena, desde el área cultural (como lengua, identidad, salud, etc.), como del territorio propiamente (propiedad y posesión) y desde lo político (en sentido de autodeterminación, consulta y participación) ⁽⁶⁾.

El Convenio 169 —art. 13.1— impone a los gobiernos el deber de respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, y en particular en los aspectos colectivos.

En la Declaración de Naciones Unidas ⁽⁷⁾ —art. 25— se suma el derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

De la sola ocupación ancestral se deriva la obligación de los Estados de reconocer sus derechos a la posesión y a la propiedad, la que incluye deli-

(4) Ver el Convenio 169 OIT en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/470/norma.htm>

(5) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (acrónimo: Corte IDH) es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica. Su propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

(6) TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor, “Pueblos indígenas, Estado y Democracia”, CLACSO, Buenos Aires, 2005, ps. 67-96.

(7) La Declaración de las Naciones Unidas fue un documento firmado durante la Segunda Guerra Mundial el 1 de enero de 1942 en Washington (Distrito de Columbia, Estados Unidos). Fue firmada originalmente por los gobiernos de 26 países (varios de ellos, gobiernos en el exilio de países ocupados por los nazis). Dichos gobiernos, que estaban luchando del lado de los aliados, reafirmaron su apoyo a la Carta del Atlántico al firmar esa declaración. Este documento contenía el primer uso oficial del término “Naciones Unidas”, propuesto por el presidente estadounidense Franklin Delano Roosevelt. Ver en: <https://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1942-declaration-united-nations/index.html>

mitar los territorios indígenas, demarcarlos y titularizarlos. Esto constituye como se verá más adelante, un estándar de protección, el más alto fijado por un convenio internacional respecto al tema.

También se extiende a los recursos naturales en esos territorios y tierras, puesto que se les reconoce el derecho a participar en la utilización, administración, conservación de ellos y, en los términos de la jurisprudencia de la CIDH, estos pertenecen a los pueblos indígenas en tanto sean necesarios para su subsistencia y desarrollo de acuerdo con su derecho consuetudinario.

De allí que, como obligaciones de los Estados, se erigen la de consultar a los pueblos antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales, garantizar los posibles beneficios y las indemnizaciones en caso de generarse daños y perjuicios, y de realizar estudios previos para determinar el impacto ambiental, económico, social, cultural y espiritual —art. 15—.

1.2. ¿Cómo se identifica a las comunidades indígenas? Criterios

Una cuestión muy importante se suscita en torno a quiénes se consideran los titulares de los derechos indígenas, ya que ni el derecho internacional ni el derecho interno definen este concepto.

Por ello el Convenio 169 de la OIT (art. 1.1. b) establece criterios objetivos y subjetivos para su identificación como tales. Dentro de los criterios objetivos, puede apelarse al histórico, que establece que se trata de los descendientes de poblaciones preexistentes; al criterio actual, si las comunidades cuentan con instituciones sociales, económicas, políticas y culturales que le son propias y diferenciadas del Estado.

Sin embargo, el criterio más utilizado es el subjetivo, que parte de la autoidentificación o conciencia de su propia identidad. Los instrumentos internacionales que constituyen el *corpus iuris* en la materia, señalan ciertas precisiones.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) ⁽⁸⁾, establece el derecho a determinar “su propia identidad o pertenencia”.

El texto de la Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas (2016) ⁽⁹⁾ determina de manera concreta que la declaración se aplica a los

(8) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295, en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf, del 16/07/2019.

(9) Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, el 16/07/2019.

pueblos indígenas, y la determinación de dicha categoría responde únicamente al criterio de la autodeterminación como indígena, tanto en lo que respecta al individuo como a la colectividad.

En algunos países, acorde a sus realidades locales, esta no definición por parte de las normas permite incluir a los pueblos tribales o a los afrodescendientes, o bien equipararlos.

1.3. ¿En qué consiste la identidad de los pueblos indígenas?

Como cualquier otra identidad, la de los pueblos indígenas consiste en una relación histórica con las demás identidades. Es histórica, porque enfatiza su permanente fluidez y transformación. La identidad cultural no depende de un inventario de rasgos típicos y tampoco su mantenimiento se debe al aislamiento. Por el contrario, cuanto mayor es el contacto, más numerosas serán las diferencias con los otros. Justamente el valor de las identidades culturales es que funcionan como formas útiles para organizar la relación con los otros.

Así se entiende por qué es imposible pensar la identidad de los pueblos indígenas en términos de una cosa o una esencia que pueda contenerse en un recipiente con tapa: para que exista esa identidad tiene que haber otros diferentes.

1.4. ¿Qué implica el reconocimiento que hace la Constitución de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas?

La Constitución no solo afirma que los indígenas existen desde antes que se crearan los Estados, sino que los reconoce en su calidad de pueblos. Esto quiere decir que se trata de grupos humanos que poseen instituciones sociales, económicas y políticas propias, autónomas de cualquier formación sociopolítica posterior. Lo importante no es que existan desde antaño, sino la manera, el cómo existen: como pueblos.

1.5. ¿Cómo se vinculan con la tierra?

Habitar culturalmente un espacio geográfico sería la mejor forma de explicar esa relación. El espacio geográfico se vuelve territorio a partir de la manera en que históricamente ha sido usado por los miembros de un pueblo.

Por eso es difícil separar naturaleza y sociedad. La figura que más se aproxima a la representación de esta relación es la de paisaje. Un paisaje es espacio historizado: en él se perciben las marcas de una multiplicidad de acciones producidas por la dinámica del medio ambiente mismo como de quienes vivieron y viven en él.

Percibir el paisaje es recordar todas estas acciones. Un paisaje debe sus características a las experiencias de quienes pasaron un tiempo ahí. Esta es

la relación aludida por el par identidad-territorio y es por ella que cada lugar adquiere un significado particular.

2. Capítulo I: El marco jurídico de los derechos territoriales indígenas

2.1. Monismo jurídico

En los países donde existen pueblos indígenas o grupos con una identidad propia (étnica, religiosa, local, gremial) hay un gran debate sobre cómo denominar y tratar jurídicamente a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos mediante los cuales dichos pueblos y grupos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, pues son diferentes al sistema estatal.

Así aparecen diversas categorías de regulaciones de conductas como ser la costumbre, los usos y convenciones sociales, los usos y costumbres, que dan lugar al derecho consuetudinario o bien al derecho indígena. Estas categorías se corresponden con determinadas posiciones teóricas, las que suponen ciertas formas de valorar los sistemas normativos no estatales y a los grupos humanos que se regulan por ellos.

La doctrina jurídica instituida con el derecho moderno establece un modelo de configuración estatal de Estado-Nación, que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se llama el monismo jurídico, esto es, que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa.

La idea de la identidad Estado-derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen ⁽¹⁰⁾. En este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico.

Su marco histórico es el proceso de centralización del poder político en el Estado y la especialización de las formas de control social. Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal solo constituye derecho el sistema normativo estatal, y las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique.

La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una Nación, entendida como un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión y cultura.

(10) Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, el 16/07/2019.

En países pluriculturales, este modelo de imposición de un solo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de Estado excluyente, donde la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural.

Sin embargo, ha quedado demostrado que, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales.

Para cerrar este capítulo se puede decir que, desde la perspectiva del monismo jurídico, solo es derecho el producido por el Estado y solo cabe un sistema jurídico válido dentro de este, el que debe ser escrito, de aplicación general y especializado (diferente de la moral y la religión). Toda otra norma o sistema normativo no producido por el Estado, será visto como mera costumbre, como una práctica aislada, o como reglas morales y religiosas.

La importancia institucional que cobran estos conceptos a nivel valorativo es que bajo esa categorización se considera a los indígenas y sus sistemas como inferiores. Es decir, a nivel político la consecuencia es la admisión de un sistema de tutela y control, donde la decisión de los límites del derecho consuetudinario se ubica fuera de los pueblos indígenas y sin tener en cuenta su participación ni mucho menos, su perspectiva cultural.

2.2. Pluralismo jurídico y diversidad cultural

La diversidad cultural como contexto, el reconocimiento de los derechos indígenas como avance significativo en la universalización de derechos y el pluralismo jurídico como el continente que los aloja, son los ejes fundamentales sobre los que se asienta la cuestión territorial indígena ⁽¹¹⁾.

Por impulso de los movimientos sociales de este siglo, que promueven el reconocimiento de esos derechos a nivel constitucional, la diversidad cultural se pone de manifiesto, provocando que los Estados deban efectivizar su protección.

Comprender acabadamente la diversidad cultural, implica que los jueces asimilen la nueva concepción del derecho a la igualdad, en tanto incorpora el principio de las diferencias, el respeto a las particularidades evita la discriminación y permite el acceso de todos a las mismas oportunidades y derechos económicos, sociales y políticos, para el desarrollo tanto personal como colectivo.

También implica la búsqueda constante de puntos de encuentro para el buen vivir, donde se reconozca la dignidad tanto de los individuos como de los pueblos ⁽¹²⁾. Es dable recordar, que el derecho a la diversidad cultural, a

(11) RAMÍREZ, Silvina, ob. cit., p. 4.

(12) RAMÍREZ, Silvina, "El acceso a la justicia en dos minutos", <https://www.youtube.com/watch?v=PvvjNOGo1aQ> del 15/07/2019.

la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión, está consagrado universalmente, entre otros, por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU ⁽¹³⁾, en estos términos:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, 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 a emplear su propio idioma”

A partir de la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, que superan la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) y que alcanzan su máxima expresión en el Convenio 169 de la OIT, es que se produce un salto hacia la conformación de estados pluralistas más democráticos, partiendo de la existencia de múltiples lenguas y culturas dentro de un mismo Estado.

De allí que, se recurre a la perspectiva teórica del pluralismo jurídico, que permite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico ante la incapacidad teórica del monismo jurídico para explicar y analizar sistemas normativos diferentes al estatal.

Ciertamente, resultó difícil para los autores definir un único concepto de pluralismo jurídico, toda vez que a lo largo del tiempo se ha notado una evolución importante ⁽¹⁴⁾.

Una situación de pluralismo jurídico significa la coexistencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o del espacio geopolítico en el que existen. Por lo general, cuando no existe este reconocimiento legal por el poder político dominante, los sistemas no reconocidos son subvalorados, lo que los obliga a clandestinizarse y/o a adaptarse para poder sobrevivir.

Existen diversos supuestos de pluralismo jurídico, comprobados en distintos tiempos históricos hasta la actualidad, los que pueden tener origen en una situación colonial, en períodos de revoluciones o en cambios modernizantes; en países independientes con población indígena; en países mo-

(13) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), 16/12/1966. Entró en vigor el 23/03/1976 y ha sido ratificado por 167 Estados. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&IID=2> del 16/07/2019.

(14) CRUZ CARRILLO, Juan Pablo, “Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos”, https://www.researchgate.net/publication/323273255_Pluralismo_juridico_Justicia_Indigena_y_Derechos_Humanos, 2017 del 14/07/2019.

ernos o poscoloniales con población inmigrante, o desplazada en barrios marginales de las ciudades; o por la agrupación de colectivos con base en criterios culturales, gremiales, raciales, religiosos, territoriales o de otra índole, que han creado una normativa propia que los regula en varias esferas de la vida social y les permite resolver sus conflictos ⁽¹⁵⁾.

En relación con la población indígena en las últimas décadas, varios países latinoamericanos, como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), reconocieron constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. En consecuencia, también reconocieron la existencia y derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc.

Ahora bien, esta resignificación trae aparejada una nueva mirada sobre los derechos humanos, por cuanto una de sus principales características es la universalidad, como propiedad definitoria que permite distinguirlos de los derechos más simples ⁽¹⁶⁾.

Incorporar el pluralismo jurídico en la mirada de los jueces significa conciliar el universalismo con el derecho a la identidad cultural, en una suerte de juego de encastre, mediante intentos armonizadores de reconocimiento de derechos iguales a la vez que diferentes según las necesidades de cada grupo que es en esencia, el multiculturalismo ⁽¹⁷⁾.

Este es el punto de partida indispensable para resolver las causas en que son parte las comunidades indígenas; si el intérprete no asimila y entiende este cambio sustancial en el modo de ver el derecho institucionalizado en el Estado, difícilmente podrá comprender esta perspectiva. Tal como lo sostiene Silvina Ramírez ⁽¹⁸⁾: “No existe protección adecuada de las minorías étnicas, sino a través de la existencia de pluralismo jurídico”.

En síntesis, siguiendo las ideas expuestas por esta autora, la diversidad cultural históricamente negada a los indígenas es la realidad sobre la que se asienta el pluralismo jurídico, marco normativo que brinda soporte real pero no siempre efectivo en la protección de los derechos de los indígenas.

Para la construcción de un Estado pluralista se requiere abandonar la idea de Estado-Nación como única válida, y reconocer derechos diferencia-

(15) DE SOUZA SANTOS, Boaventura, “Estado, Derecho y Luchas Sociales”, ILSA. Bogotá, 1991, p. 63 y ss.

(16) CIANCIARDO, Juan, “Universalismo de derechos y asimilacionismo”, Universidad Austral. http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/universalismo_d_derec_y_asimil.pdf del 16/09/2017

(17) Sobre la importancia de procurar una visión armónica de los derechos, cfr. CIANCIARDO, J., “El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo”, Ad hoc, Buenos Aires, 2007, *passim*.

(18) RAMÍREZ, Silvina, “Diversidad cultural...”, *ob. cit.*, p. 4.

dos que surgen de las propias diferencias entre los pueblos, a fin de garantizar una inserción plena que reduzca la vulnerabilidad de los grupos afectados y que les dé cabida dentro de un marco de democrático de interacción.

2.3. Modelos constitucionales de reconocimiento de derechos indígenas

A modo ilustrativo, y sin pretensiones de hacer un estudio histórico de las instituciones, resulta interesante repasar la evolución de los modelos constitucionales hasta la actualidad, a fin de identificar en qué situación se encuentra la Argentina actualmente.

La situación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho experimentó una transformación importante en las últimas décadas, tanto en el ámbito interno como en el derecho internacional, revistiendo actualmente la calidad de titulares de los mismos derechos que las personas, pero además de derechos específicos de grupo.

Los países de Latinoamérica dieron distinto abordaje en sus Constituciones al tema de los indígenas. Tomando como hito histórico en función del objeto de esta investigación, a aquellas que se dictaron en tiempos del constitucionalismo liberal (siglos XVIII-XIX), el que se puede caracterizar por propiciar el sistema institucional democrático y las garantías individuales, tuvieron como objetivo el sometimiento indígena, el despojo de sus territorios, el aseguramiento de su subordinación política y la anulación de su cultura. Los modelos desarrollados bajo aquel paradigma pueden describirse del siguiente modo:

- Agregacionista-colonial: modelo representado por la Constitución de EE. UU. de 1787, donde se hablaba de domesticar a las naciones indias no sometidas.

- Asimilacionista-liberal: representado por la primera Constitución de Hispanoamérica independiente, la de Venezuela de 1811, modelo que se dirigía a los indios ya sometidos en la época colonial, y donde se pregonaba su conversión al cristianismo para igualarlos ante la ley, levantándose las cargas de la mita y el yanaconazgo y cualquier servicio personal. De este modo, se pretendía hacer desaparecer los elementos de cohesión colectiva para evitar posibles levantamientos.

- Misionero-civilizador: se desprende de las Constituciones de Nueva Granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812, aún bajo un esquema monárquico, se encomienda la conversión y civilización de los indios a la autoridad eclesial o estatal. El modelo estaba destinado especialmente para aquellas comunidades que vivían en territorios no colonizados.

Ya en el marco del constitucionalismo social del siglo XX, que nace con el dictado de la Constitución de México de 1917, se introducen los derechos so-

ciales y colectivos, los que cuestionan el modelo liberal precedente, partiendo de la base que el Estado no debía tener un papel abstencionista, sino más bien presente en lo que refiere a trabajo, educación, salud, vivienda, prestaciones sociales, debiendo incluir las políticas públicas respectivas.

También asume una interpretación sustantiva del *derecho a la igualdad*, teniendo en cuenta las condiciones materiales para que se haga efectiva, por lo cual asume un rol protector de las minorías vulnerables. Consecuente con ello, se hace necesario el reconocimiento de sujetos colectivos como titulares de esos nuevos derechos.

- Integracionista: en este contexto, surge el *integracionismo*, como proyecto y propuesta política que busca superar la negación del indígena del modelo asimilacionista, reconociendo ciertas especificidades con el objetivo de sumarlos al Estado y al mercado laboral. Esto sucede desde la segunda década del siglo XX hasta los 80, que es cuando aparece el *indigenismo pluralista*.

Es importante destacar que el constitucionalismo social y el modelo integracionista definen al problema indígena como una cuestión de marginalidad, debido a políticas económicas liberales, dando el primer paso hacia el reconocimiento de los derechos indígenas y a las nuevas políticas públicas.

Así Bolivia, Perú y Ecuador fueron de los primeros en reconocer constitucionalmente como entes colectivos a las comunidades indígenas, las tierras colectivas, las especificidades culturales como ser la cultura o la lengua, y hasta las instituciones o autoridades.

Sin embargo, en esta etapa, aún no se observan concesiones respecto a la identidad entre Estado y derecho, ya que el Estado social más bien afianza la presencia estatal, en pos de los vulnerables. Los instrumentos internacionales que patentizan este modelo fueron el Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones Indígenas y Tribales y la Carta de la OEA de 1988, ratificado por nuestro país en el año 1960, consagró oficialmente el modelo de *integracionismo indigenista*.

También en nuestro siglo, las Constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) empiezan a reconocer la conformación multicultural de la Nación, con un avance significativo al reconocer expresamente la jurisdicción indígena en la de Colombia (1991), Perú (1993) Bolivia (1994-2003), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

2.4. Estado de situación de la República Argentina: Constitución Nacional y normativa internacional

La Constitución Nacional de 1853, bajo el imperio del colonialismo, hizo un reconocimiento constitucional de la situación indígena, en el art. 17 inc. 15, estableciendo que era atribución del legislativo proveer el trato pacífico

con los indios y su conversión al catolicismo, planteándose con relación a las tierras un amplio debate doctrinario, que puede concretarse en tres posturas mayoritarias: los que les negaban derechos dada su calidad de nómades, la que sostenía que debían respetarse sus derechos colocándolos en situaciones humanitarias bajo la tutela del Estado y la que consideraba que a algunas tribus se les podía reconocer la posesión, pero tales derechos no podían ser superiores a una ley.

Esto identifica una matriz ideológica del indio como enemigo (extraño, no perteneciente al conjunto social), que debía ser civilizado y cristianizado.

A partir de allí y con anterioridad a la última reforma constitucional de 1994, nuestro país había receptado de fuente internacional diversos instrumentos jurídicos que contenían normas de protección a los derechos indígenas, en especial, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas 1948) ⁽¹⁹⁾, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966 aprobados por ley 23.313 de 1986) ⁽²⁰⁾, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969 aprobado por ley 23.054 de 1984) ⁽²¹⁾, el Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989 aprobado por ley 24.071 en 1992) ⁽²²⁾.

La reforma constitucional de 1994, por su parte, se inscribe en las reformas latinoamericanas de la última década del siglo, en momentos de expansión del discurso de los derechos, incorporando un bloque de constitucionalidad con acento pluricultural y multinivel: se reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas y se enuncian algunos derechos en el art. 75 inc. 17, aunque lo hace con notas especiales. El marco normativo se ve reforzado con instrumentos posteriores como ser la Declaración de las Naciones Unidas sobre los *Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007) ⁽²³⁾ y *Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas* (2016) ⁽²⁴⁾, sobre los que se tratará más adelante.

(19) Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, en <http://www.saij.gov.ar/internacional-declaracion-universal-derechos-humanos-lnt0004454-1948-12-10/123456789-0abc-defg-g45-44000tcanyel>, 1948, del 16/07/2019.

(20) Argentina. Ley 23.313, Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm> del 16/07/2019.

(21) Argentina. Ley 23.054, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>, del 16/07/2019.

(22) Argentina. Ley 24.071, Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/470/norma.htm>, del 16/07/2019.

(23) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295, en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf, del 16 de julio de 2019.

(24) Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>, del 16/07/2019.

A su vez, por su alto valor interpretativo cabe agregar el documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General de la ONU en Nueva York, de septiembre de 2014, conocida como *Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas*, donde los Estados, incluida Argentina, reafirman el compromiso asumido por la Declaración de 2007.

Deben añadirse a este espectro, los pasos dados por las Constituciones Provinciales, de las cuales 15 incluyen alguna cláusula de reconocimiento en línea con el artículo 75 inc. 17.

El citado artículo dispone:

“Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Según Benedetti, la nueva fórmula recepta cuatro notas presentes en el constitucionalismo regional en el artículo más largo de la Constitución reformada (art. 75 inc. 17: la preexistencia étnica y cultural como fórmula de reconocimiento general que quiebra el autocrático paradigma monocultural, y propone el paradigma pluricultural; 2) la adopción del sujeto colectivo “pueblos indígenas”, sepultando su histórica condición de meros objetos de asimilación o integración y dando paso a su derecho a la libre determinación en tanto pueblos; 3) un operativo plexo de derechos colectivos diferentes y diferenciados, de tipo sustantivo y procedimental, y 4) todo lo cual se completa con el inciso 22 al establecer diversas modalidades de recepción y jerarquización multinivel del derecho internacional de los derechos humanos ⁽²⁵⁾.

Estas notas son de especial interés para el operador jurídico a la hora de resolver los casos sobre derechos territoriales indígenas, por cuanto se articulan entre sí y a la vez esta vía internacionalista jerarquizada permite completar el aislado art. 75 inc. 17), conformando el *corpus iuris* de los derechos indígenas. Dicho artículo continúa siendo el centro normativo de contenidos mínimos, explícitos y tácitos, que se completa con los instrumentos internacionales de naturaleza convencional y extra convencional, que han receptado mayores precisiones de los derechos colectivos indígenas.

(25) BENEDETTI, Miguel Ángel, “Algo más que reubicar y reescribir un inciso de la Constitución” en Roberto Gargarella (coord.) *La Constitución en 2020: 48 Propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires 2011, ps. 166-168.

Por su parte, el principio de igualdad y no discriminación y la diversidad cultural se introducen como principios constitucionales y permiten fundar derechos indígenas y de otros colectivos, con fuente en el derecho internacional, en primer término, cuando incorpora los derechos indígenas en el marco de la adopción del Convenio 169 de la OIT.

En cuanto al tema objeto de esta investigación, la adopción del modelo viene a impactar directa y favorablemente al reclamo de las tierras por parte de los pueblos originarios; habiendo adherido a tratados internacionales que directa o indirectamente reconocen los derechos de los pueblos originarios y en especial sobre las tierras, resulta significativo por cuanto de este modo el Estado se compromete ante la comunidad internacional, limitando así su soberanía para cumplir dicho compromiso.

Sin embargo, el tema no culmina allí; se requieren el ejercicio efectivo del derecho reconocido, políticas públicas claras, competencias definidas, y sobre todo la formación de los operadores del Estado, aun así, se avizora un horizonte posible de concreciones.

3. Capítulo II: Principios jurídicos involucrados en la cuestión territorial indígena

El proceso codificador, iniciado en Europa en el siglo XIX, receptó dos formas de regulación jurídica: las normas y los principios jurídicos. Con ello se pretendía que los jueces tuvieran disponibles normas con sus respuestas jurídicas apropiadas para cada uno de los conflictos que pudieran presentarse, los que se resolvían mediante la subsunción legal.

Sin embargo, se advirtió que existían muchos supuestos que no estaban previstos en las normas, surgiendo la necesidad de acudir a los principios jurídicos o principios generales del derecho, y de esa manera cobran vida en los códigos civiles, con un alto protagonismo en la ciencia jurídica moderna.

Cabe recordar que los principios jurídicos son mandatos de optimización en la interpretación de los derechos, y es por ello por lo que en materias tales como los derechos humanos se alzan como verdaderas fuentes que permiten a los magistrados resolver los casos sometidos a su decisión, de una manera más justa y equitativa.

Tal como sostiene Rodolfo Vigo:

“En las dos últimas décadas, el tema de los principios jurídicos como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas, ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se ha podido hablar de una nueva edad de oro de los principios” ⁽²⁶⁾.

(26) VIGO, Rodolfo, “Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial”, Ed. Depalma p. 1. cit. a Prieto Sanchís, Luis, Sobre Principios y Normas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 17.

En el nuevo Código Civil y Comercial, es una de las cuestiones centrales que se introdujeron en materia de interpretación jurídica: la interacción de los principios y las fuentes del derecho. Si bien no es necesario referirse a la importancia de los principios desde el punto de vista teórico, quedó demostrada su permanente invocación en la fundamentación de las decisiones judiciales.

Ahora bien, si de juzgar con perspectiva indígena se trata, la aplicación de los principios permite al operador jurídico comprender de manera más acabada la realidad sometida a decisión, conjugando la frondosidad normativa, o bien los vacíos legales, con la visión del nuevo paradigma que le es exigido.

Lo que aquí se pretende es ilustrar liminarmente a qué principios se puede acudir a la hora de sentenciar, a fin de que los justiciables se manifiesten iguales en la diferencia dentro de los ordenamientos jurídicos. A lo largo del presente trabajo se podrá advertir que hay conceptos fundamentales que son usados con diferentes perspectivas; en efecto, hay principios que se transforman en estándares al ser conjugados con las normas y aplicados en la resolución de casos concretos.

Como sostiene John Finnis, profesor de Oxford:

“Cuando analizamos la lista de los derechos nos damos cuenta de qué es lo importante en la moderna concepción de los manifiestos de derechos humanos. Se trata de un modo de bosquejar los contornos del bien común, los varios aspectos del bien individual en comunidad. Desde esa perspectiva, y contando la naturaleza humana con una dimensión individual y otra social, es razonable diseñar una tipología de derechos fundamentales- individuales y sociales- que tengan como objeto los bienes a los cuales les reconocamos al carácter debido a su aptitud para satisfacer aquellas inclinaciones —individuales y sociales— que, por estar inscritas en la propia hominidad, es posible constatar en todo hombre” ⁽²⁷⁾.

A continuación, se enuncian los principios de carácter general, que deben ser observados en cualquier momento del proceso de justicia en los que estén involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas, inclusive no solamente circunscrito a sus derechos territoriales, dado su carácter indivisible de otros derechos.

3.1. Principio pro pueblo indígena

Este principio, denominado por Yrigoyen Fajardo como principio pro pueblo indígena ⁽²⁸⁾, constituye la piedra angular del razonamiento judicial

(27) FINNIS, John, “Natural Law and natural rights”, Oxford Clarendon Press, 1980 citado por VIGO, Rodolfo, “Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial”, Ed. Depalma p. 62.

(28) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm> de fecha 15/07/2019.

y surge como una razonable derivación del principio de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, conocido como *pro homine* o *pro persona*.

Su alcance, vasto y robusto, determina que la norma que mejor protege y da contenido a un derecho reconocido debe ser tomada como base para la interpretación judicial en el caso específico, en aras a la supervivencia, bienestar y dignidad de los pueblos indígenas.

Esto significa una ampliación del marco normativo interno en materia de derechos humanos y un permanente diálogo entre las distintas fuentes teniendo como criterio de ponderación el principio *pro persona*, es decir, la más amplia protección a partir de los mejores estándares de que ahora dispone el juzgador.

En ocasiones, este principio puede funcionar como una excepción a la jerarquía normativa, toda vez que sin importar el rango de la norma jurídica (si es internacional, nacional o local), ha de preferir aquella que brinde una mayor protección.

De lo que se trata es de realizar un positivo esfuerzo para ensamblar siempre los distintos ordenamientos jurídicos, en favor de la mejor resolución del caso concreto.

La finalidad del principio se traduce en una máxima de interpretación, en una guía insoslayable a la hora de juzgar.

3.2. Principio de no discriminación: igualdad y diversidad cultural

En el tema, es necesario recordar que hasta la reforma constitucional de 1994 el principio constitucional de igualdad quedaba comprendido en la igualdad ante la ley (art. 16, CN), lo cual resulta acorde a los postulados del Estado liberal del derecho, reconociéndose a todos los hombres como titulares de los mismos derechos y deberes.

Sin embargo, el concepto de igualdad no es unívoco, y ha evolucionado positivamente acorde al contexto histórico que la humanidad ha venido atravesando. Dentro de la ciencia del Derecho, el concepto y/o principio de igualdad hace referencia a la relación jurídica para con otro, a darle lo que le corresponde, lo que es, en definitiva, la justicia. Cabe aclarar que no existe un concepto que por su extensión pueda definirla totalmente, sino más bien es la resultante de las distintas concepciones iusfilosóficas que se asuman.

Es por esto por lo que, siguiendo la línea progresiva en la concepción de la eficacia del principio de igualdad, y en el camino del nacimiento de los derechos humanos, se comenzaron a tutelar bienes jurídicos como la diversidad cultural.

La reforma constitucional de 1994 introduce el reconocimiento del principio de diversidad cultural en el ordenamiento jurídico argentino, reconfigurando varios conceptos como el de igualdad, en el marco de las particularidades históricas y culturales de las comunidades de los pueblos indígenas. Este principio se proyecta con innumerables matices, en especial porque es el prisma bajo el que se impulsa el reconocimiento de las diferencias a partir del cual, distintas identidades, para ser iguales, deben tener idéntico valor.

Así, en el art. 75, inc. 17 se detectan derechos de los pueblos originarios argentinos que se relacionan directamente con el principio de igualdad y de diversidad cultural, como ser: el derecho de respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural y el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras.

Como bien señala Robert Alexy:

“...el principio de igualdad no se circunscribe a una práctica universalista de decisión, ya que, si así fuera, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula: hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. El ejemplo pretende traducir que la máxima de la igualdad no se conforma con la mera lógica” ⁽²⁹⁾.

En América Latina varias constituciones han reconocido el carácter pluriétnico y multicultural de sus sociedades, contemplando que un aspecto de estas últimas debe tener una relación directa con el principio de igualdad siempre que se respete la diversidad etnocultural.

En definitiva, la cuestión se trata de armonizar entre igualdad formal y razonabilidad, en lo que se refiere a la diversidad cultural.

A la luz del principio de razonabilidad y sus subprincipios, el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad, se puede afirmar que la igualdad en materia de diversidad cultural se encuentra asegurada, lo que logrará zanjar, como desafío del Estado constitucional de derecho, la difícil convivencia entre la igualdad formal y la material o de hecho.

Por ello, desde la perspectiva indígena, la igualdad también importa un mandato de no discriminación. Como señala María Marta Didier:

“El principio de igualdad no prohíbe diferenciar, sino que impone una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar el conjunto de criterios de clasificación. Dado que no existe una relación de igualdad y desigualdad absoluta en el ámbito de lo real, el principio de igualdad implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto,

(29) ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 386.

aun admitiendo su disparidad en otros. La equiparación basada en rasgos comunes supone una cierta abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece”⁽³⁰⁾.

El principio de igualdad exige también el trato diferenciado, en especial a los grupos etnoculturales, ya que la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera indiscriminada no podría balancearse con la diversidad cultural si tomamos a esta última como principio jurídico, así también como un criterio formal y abstracto podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales.

Ahora bien, la exigencia de diferenciación supone determinar las características, rasgos o situaciones estimados, como relevantes para impartir un tratamiento diferenciado. Por tanto, cabe concluir que no toda discriminación es violatoria del principio de igualdad en materia de pueblos originarios, sino por el contrario, existen diferenciaciones necesarias en pos del respeto de la diversidad cultural.

Por ello, la reforma constitucional de 1994 incorporó también el inc. 19 al art. 75, poniendo en cabeza del Congreso de la Nación proveer lo conducente al desarrollo humano en plenitud.

El principio de diversidad cultural notoriamente no puede ser analizado por los magistrados sin el de igualdad, ya que ambos reafirman el principio de igual dignidad de todo ser humano, fundamento último del derecho a la igualdad real y a la no discriminación arbitraria o ilegítima, e impone a la vez una equidad favorable o correctiva —niveladora— de las desavenencias fácticas que exige un desigual tratamiento jurídico, frente a cargas, deberes y mandatos jurídicos de carácter gravoso y suma la condición de respeto a la diversidad étnica.

El derecho a respetar la diversidad cultural no consiste en asignar a todos lo mismo, con idéntica medida a cada grupo etnocultural, sino con una proporción adecuada que tenga por objeto “dar a cada uno lo suyo”, según sus particularidades.

Ambos principios jurídicos, de igualdad y de respeto a la diversidad cultural informan a toda la temática de los territorios indígenas, poniendo en valor a las naciones preexistentes y su cosmovisión, de allí la cabal importancia de su conocimiento y aplicación por parte de los jueces.

Estos principios, a su vez, generan subprincipios como ser el de igualdad de trato, y con ello el reconocimiento de su personalidad jurídica, punto en el

(30) DIDIER, María Marta, “Las vinculaciones entre la igualdad formal y la razonabilidad en la jurisprudencia constitucional”, Revista Jurídica La Ley, Ed. El Derecho, Spl. Act 18/12/2001.

cual adquiere el mayor grado de intensidad protectora. Se tiene que reconocer la personalidad jurídica, individual o colectiva de los indígenas, para que inicien acciones jurídicas ante los tribunales en demanda de sus derechos específicos, sin que ello implique ningún trato discriminatorio por el hecho de asumir tal condición.

En términos generales, este principio adquiere importancia en distintos tipos de actuaciones judiciales, como ser cuando se presentan las autoridades indígenas, que deben ser consideradas como tales y no como particulares, pudiendo considerarse acreditado con documentos propios de los núcleos o colectivos indígenas (ejemplo: actas de asamblea).

A partir de datos como el lugar de origen de la persona, el idioma que hablan sus padres o el tipo de asunto, se debe preguntar si las personas involucradas en el juicio son miembros de una comunidad o pueblo indígena, se deben considerar elementos de esa cultura que le permitan adecuar su resolución al caso concreto.

En tal caso, se deberá informar a la persona que tiene una serie de derechos, como, por ejemplo, ser asistido por un intérprete y defensor que conozca su lengua y cultura e interponer los recursos y medios de defensa a su alcance, así como hacer las adecuaciones que permitan que le sean de fácil comprensión las diferentes etapas del procedimiento.

Una responsabilidad especial que este principio pone en cabeza de los juzgadores debe ser la de proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que esta comprenda las implicaciones de los procedimientos jurídicos, considerando la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas, y tomar medidas concretas que ayuden a reducir los obstáculos que impiden la defensa eficaz de los intereses de las personas y pueblos indígenas.

3.3. Principio de autoidentificación o pertenencia étnica

Este principio implica que el criterio para determinar si una persona es indígena, es la autoadscripción, o sea, una decisión subjetiva de la persona y no del Estado. El individuo indígena no necesita probar que lo es, pues se trata de una identificación cultural.

Uno de los grandes interrogantes que surgen alrededor de los derechos indígenas es a quiénes se consideran comunidades indígenas o poblaciones originarias; lo que ha suscitado arduos debates doctrinarios —jurídicos, políticos y antropológicos—, a la vez que ha sufrido una importante evolución tanto conceptual como normativa a través del tiempo. Este tema ha sido abordado en los primeros capítulos, pero viene a colación, por cuanto se constituye en un principio que informa todo el universo de los derechos indígenas.

En la actualidad, y de conformidad al Convenio 169 de la OIT⁽³¹⁾, quienes pueden gozar de tales derechos son los pueblos indígenas y tribales. Existe una doble identificación en tanto colectivos sociales y a la vez, en tanto individuos o miembros, sean hombres o mujeres sin discriminación (art. 3°); sin embargo, hay algunos derechos cuya titularidad y ejercicio es exclusivamente colectivo —como en el caso que nos ocupa el derecho a las tierras y al territorio—, a contar con sus propias autoridades y derecho consuetudinario, etc.

Otros derechos pueden ser ejercidos a modo individual y colectivo, de manera indistinta, como ser el derecho a la lengua, entre otros.

Cabe recordar que, si bien el Convenio no define a los pueblos indígenas, establece criterios normativos para identificar a qué colectivos se aplican los derechos en él contenidos. Al margen del debate académico, los criterios de identificación han sido de gran ayuda a la comunidad jurídica para la determinación de los sujetos titulares de estos derechos tan especiales, los que se ven completados con las Declaraciones Universal y Americana sobre los Pueblos Indígenas ya referenciadas.

Dentro de los criterios objetivos —observables externamente— se requiere que descendan de poblaciones que preexisten al Estado como hecho histórico, y que tengan instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias como hecho actual. Dentro de los criterios subjetivos —autoidentificación—, que tengan conciencia de su propia identidad y deseen mantenerla en el tiempo y para las generaciones futuras.

Las comunidades y sus representantes deciden identificarse como tales, con base en un hecho histórico social, y el Estado no puede imponer restricciones, mediante la agregación de más requisitos, que les impidan el reconocimiento y ejercicio de sus derechos. En un ejemplo, no es un requisito que tales colectivos estén registrados o reconocidos por el Estado; es más, ello puede constituir una grave violación al convenio con la responsabilidad internacional consecuente.

3.4. Principio de la maximización de la autonomía

Este principio también se constituye en la clave funcional de los derechos territoriales, es el llamado derecho a la libre determinación, que implica el

(31) El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, también conocido como Convención 169 de la OIT o Convenio 169 de la OIT, es una convención adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989. Es el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas. Al 2016, ha sido ratificado por 22 estados. Este instrumento fue precedido por el Convenio 107 de la OIT, adoptada en 1957, y se le considera como un precedente para la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

reconocimiento de su capacidad de decidir y controlar sus propias instituciones, su desarrollo social y cultural, así como sus propios recursos.

Los pueblos indígenas son parte constitutiva del Estado y debe protegerse su derecho colectivo a participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. Desde el punto de vista judicial, implica el deber de convalidar las decisiones que tomen como resultado de su propio sistema normativo, siempre en consonancia con el respeto de los derechos humanos.

Su positivización en el art. 3° de la *Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas*, trajo certidumbre a la comunidad jurídica internacional.

3.5. Principio de acceso a la justicia

Es importante destacar este principio, que se traduce en un derecho-deber en tanto de él se desprende el derecho que los indígenas tienen de acceder plenamente a la justicia que imparte el Estado.

Si bien al objeto sobre el que se centra esta investigación, le interesa el obrar de los jueces al resolver los casos en que estén en juego los derechos territoriales indígenas, más que las cuestiones procesales en sí, no es menos cierto que a través de las distintas instancias del proceso, desde su iniciación, se van dando momentos en que debe posibilitarse en perspectiva indígena, su participación efectiva.

Además de ser directamente exigible a los juzgadores y trabajadores del Poder Judicial, es también el medio para garantizar otros derechos reconocidos, así como reparar daños y sancionar a los responsables de su violación.

Considerando las especificidades culturales, se aplica tanto a los procesos administrativos como judiciales, e implica comprender los componentes culturales de las personas indígenas, y establecer las acciones positivas necesarias, como así también que estas comprendan y se hagan comprender en todos los procesos en que sean parte.

Es deber de las autoridades aplicar las normas generales del sistema legal, partiendo de una diferente identidad que tiene un referente colectivo — con sus usos, costumbres y normas propias—, por lo que el pluralismo jurídico no solo debe proclamarse sino practicarse ⁽³²⁾.

(32) Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuaci%C3%B3n-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-involucren-personas-comunidades-y>, del 17/07/2019.

La defensa adecuada de los derechos indígenas supone la presencia de un traductor especialista en la lengua y la cultura, y un defensor con idénticos conocimientos, al igual que los peritos.

Es fundamental que los argumentos en que se fundan las decisiones judiciales vayan acompañados de pruebas idóneas, como los peritajes culturales o jurídico-antropológicos, que sirven para ilustrar a los jueces sobre el contexto cultural de las personas o sobre los sistemas normativos internos que obligan, facultan o prohíben conductas a los individuos de la comunidad.

Estas periciales permiten entender los condicionamientos culturales de las personas y auxilian al juez a comprender cómo las instituciones, los procedimientos y las normas de los pueblos indígenas son determinantes de las conductas de la comunidad.

3.6. Principio de protección especial a sus territorios y recursos naturales

Este principio específico, acorde a lo que trata esta investigación, supone que es fundamental para el futuro de los pueblos indígenas, en cuanto les asegura la reproducción, el mantenimiento y el desarrollo de sus culturas.

Los juzgadores deben identificar y reconocer si el asunto involucra la tierra, el territorio o los recursos naturales de un individuo o comunidad indígena de manera directa o indirecta, para su posterior protección. Para ello, puede auxiliarse en esa identificación con periciales históricas, etnohistóricas, documentos coloniales, paleografías, y toda otra prueba que consideren idónea, asumiendo la dirección del proceso. En razón a esa protección especial los jueces deben abrir paso a las reivindicaciones o recuperaciones de los territorios que planteen los pueblos indígenas y no obstaculizarlas.

El alcance amplio del concepto de territorio que comprende la totalidad del hábitat que ocupan, implica una serie de obligaciones para los juzgadores, tanto para valorar las pruebas como para el dictado de la sentencia, como ser: interpretar con amplitud la viabilidad de las acciones dejando de lado los ritualismos, considerar especialmente certificados, títulos y documentos expedidos por autoridades tradicionales, seguir los estándares fijados por los tribunales internacionales, utilizando y ampliando las posibilidades procesales de legitimación activa en formas colectivas de accionar, y brindar certeza de manera motivada y justa.

La tierra no es solo un recurso de producción, es el escenario de la vida religiosa y las relaciones sociales, que dan sentido a su existencia. Lo que verdaderamente defienden y disputan son sus territorios, que más allá de ser un recurso rentable, son el acervo de su cultura, de su forma de vida y relación con la naturaleza. Si no se entiende esto, es imposible comprender la necesidad de las comunidades a la hora de garantizar el ejercicio de sus derechos.

Como se advierte, el derecho a las tierras es la base o génesis a partir de la cual los demás derechos cobran sentido.

3.7. Principio de participación, consulta y consentimiento

Este principio previsto en el art. 15 del Convenio 169 de la OIT, adquirió mayor precisión y alcance con las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Indígenas. Es de fundamental importancia como guía de interpretación, por cuanto introduce la obligación de oír a las comunidades en todas las cuestiones que los involucren. La consulta debe ser previa, dialogada, tendiente a los consensos, de buena fe, sistemática y transparente, no meramente formal.

De ningún modo implica que sirva para denegarles derechos o privarlos de bienes y servicios que sirvan para mejorar su calidad de vida, sino de asegurar su participación, tener en cuenta sus sentires y opiniones, cobrando especial relevancia cuando se trata de casos que involucren explotación de recursos naturales en las zonas que habitan las comunidades.

No puede asumirse que por el hecho de haber sido aprobada una ley o realizado un acto administrativo que afecte la vida de los pueblos indígenas, existió una consulta previa. El impartidor de justicia debe corroborar fehacientemente que en todo acto administrativo o legislativo que los afecte, se haya garantizado el derecho a la participación, la consulta y el consentimiento libre, previo e informado según el caso, ya que el incumplimiento de la norma de consulta o su realización sin observar sus características esenciales compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

Para el ejercicio de esta consulta, los jueces pueden tener en cuenta las llamadas *Reglas de Brasilia* ⁽³³⁾, directrices instrumentales que posibilitan el acceso a justicia de personas en situación de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran las poblaciones indígenas. Es decir, para que el principio cobre mayor operatividad, ha de concretarse bajo reglas claras de participación que pueden involucrar la ambientación del espacio adecuado dentro de las sedes judiciales, o bien, el traslado de la judicatura a las tierras de las comunidades.

4. Capítulo III: Derecho aplicable: las normas jurídicas. Derechos de las comunidades y deberes de los Estados

4.1. Derechos de las comunidades. Normativa internacional y nacional

Las normas que refieren a los derechos indígenas, y en particular a sus derechos territoriales, se encuentren diseminadas en diferentes plexos jurí-

(33) Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>. del 23/08/2018.

dicos y ostentan diferentes rangos o jerarquías normativas (multinivel), y por tal motivo, son de difícil manejo para los operadores jurídicos debido a la falta de un digesto normativo propio para las cuestiones indígenas. Sin embargo, el núcleo duro normativo puede encontrarse en:

- *Convención Americana de Derechos Humanos*

A nivel regional, se pueden identificar los derechos expresamente previstos en la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) ⁽³⁴⁾, en relación con las comunidades indígenas, los que fueran interpretados favorablemente por la CIDH y la Corte IDH. Entre los derechos expresamente previstos, y a los que hiciera referencia la Corte en sus numerosos fallos encontramos:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º, CADH); *el derecho a la vida* (art. 4º, CADH) ⁽³⁵⁾; *el derecho a la integridad personal* (art. 5º, CADH) ⁽³⁶⁾; *la libertad de conciencia y de religión* (art. 12, CADH) ⁽³⁷⁾; *la libertad de pensamiento y expresión* (art. 13, CADH) ⁽³⁸⁾; *el derecho a la familia* (art. 17, CADH) ⁽³⁹⁾; *los derechos de los niños* (art. 19, CADH) ⁽⁴⁰⁾; *el derecho a la propiedad* (art. 21, CADH) ⁽⁴¹⁾; *el derecho a las garantías judiciales* (art. 8º, CADH); *el derecho de circulación y residencia* (art. 22, CADH) ⁽⁴²⁾; *los derechos políticos* (art. 23, CADH) y la igualdad ante la ley (art. 24, CADH); *el derecho a la protección judicial* (arts. 25 y 2º, CADH).

Entre los derechos no previstos expresamente en el texto de la Convención, pero que han sido construidos por la Corte IDH a partir del análisis conjunto de varios artículos, dotándolos de rasgos especiales en lo que se trata de comunidades aborígenes o tribales, encontramos:

El derecho a la consulta libre, previa e informada (arts. 1.1, 2 y 21, CADH) ⁽⁴³⁾ y *el derecho a la identidad cultural* (arts. 1.1, 21 y 29 b, CADH) ⁽⁴⁴⁾.

(34) Convención Americana de Derechos Humanos <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

(35) CIDH, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas", 29/03/2006, párr. 248.

(36) CIDH, "Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas", 30/08/2010, párrs. 184-198.

(37) CIDH, "Comunidad Moiwana Vs. Surinam", 15/06/2005, párr. 100.

(38) CIDH, "López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas", 01/02/2006, párrs. 164, 166-169, 170-174.

(39) CIDH, "Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas", 25/05/2010, párr. 159.

(40) CIDH, "Chitay Nech y otros", precitada, párr. 169.

(41) CIDH, "Awás Tingni vs. Nicaragua", 2001, párr. 151; CIDH, "Moiwana", precitada 29, párr. 133; CIDH, "Sawhoyamaya", precitada 29, párr. 128; CIDH, "Pueblo Saramaka. Vs. Surinam", 28/11/2007, párr. 96.

(42) CIDH, "Chitay Nech", precitada 29, párrs. 145-147.

(43) CIDH, "Saramaka" precitada, párrs. 11, 18.

(44) CIDH, "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador", 27/06/2012.

- *Convenio 169 OIT*

Sin dudas, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, junto al art. 75, inc. 17 de la CN, constituyen la materia prima esencial al reconocer derechos más explícitos a las comunidades y establecer los deberes concretos de los Estados, en pos de ese reconocimiento y efectividad. Cuestión puntual que hace a la eficacia: el reconocimiento de derechos sin su contrapartida, el deber de los Estados, torna estéril el sistema, y poco confiable a las decisiones judiciales.

Dicho convenio esbozó una mirada diametralmente diferente sobre las cuestiones de fondo en cuanto al tratamiento de la problemática indígena, especialmente aquella referidas a cuestiones terminológicas que parecían inocuas, pero escondían una lógica de pensamiento colonial.

Cabe destacar, que fue el primer instrumento internacional que refiere en forma especial a los pueblos indígenas de todo el mundo, y está basado en cuatro principios fundamentales:

- Utiliza el concepto de pueblos como sujeto colectivo, los pueblos indígenas y sociedades tribales son sociedades permanentes.

- Señala a las comunidades indígenas como titulares de derechos colectivos.

- Reconoce la diversidad cultural y étnica, con lo cual crea una nueva relación entre los pueblos indígenas y los Estados nacionales.

- Al reconocerlos, los anima a tener un desarrollo propio.

- Dentro de los artículos que cobran mayor importancia, se debe resaltar aquel que reconoce el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan y el derecho al uso de las que utilizan para sus actividades tradicionales, como ser caza, pesca, recolección y otros; el que establece que los pueblos indígenas deben ser consultados de buena fe, en forma clara, a través de procedimientos adecuados, y de sus instituciones representativas; agregando que deben realizarse los estudios de impacto adecuados con la colaboración de las comunidades para revisar los efectos sociales, culturales, ambientales y espirituales que las actividades de desarrollo social puedan producir en ellos.

Otra cuestión importante que señalar es que fija un mecanismo de controles, a través de la presentación de una Memoria cada cinco años que cada país signatario del Convenio se obliga a presentar a la OIT, acerca de las medidas que haya adoptado para su ejecución. Esto posibilita una suerte de seguimiento de las políticas públicas que implementan los Estados.

- *Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas*

Complementando este Convenio, las Declaraciones Universales y Americana de Derechos Indígenas emanadas de la ONU y OEA respectivamente,

aportaron crecientes precisiones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, integrando en sentido amplio el bloque de constitucionalidad argentino, aunque no tengan rango supremo, y no sean tratados ⁽⁴⁵⁾.

Por su parte, la Declaración de la ONU ha venido a consagrar explícitamente en su art. 3 el reconocimiento a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, piedra angular desde la cual se definen los demás derechos, lo que se considera un gran avance en perspectiva internacional ⁽⁴⁶⁾. Introduce entre sus cláusulas una que le otorga carácter de presupuestos mínimos a los derechos allí consagrados.

Algunos autores destacan la importancia de esta Declaración en cuanto a que, si bien por su naturaleza jurídica y procedimiento de creación es tal, opera más bien como un Pacto, ya que contiene varias cláusulas puntuales que establecen el compromiso de los Estados en pos de su cumplimiento y la adecuación del derecho interno.

- Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de la OEA, cobra singular relevancia por cuanto se trata del primer instrumento del sistema interamericano que menciona los derechos indígenas, y acuerda un carácter exclusivo, inalienable, imprescriptible e inembargable a las tierras y territorios que los pueblos indígenas ocupan históricamente.

Ambos textos incluyen el fortalecimiento de la relación espiritual con sus tierras, territorios y recursos, y se pronuncian a favor de la propiedad y derechos de dominio de tierras y territorios, así como el reconocimiento legal de las diferentes modalidades y formas. Sin embargo, el texto de la OEA se pronuncia sobre la atribución de titularidad dentro de la comunidad y la modificación de títulos.

En las dos Declaraciones se pone énfasis en requerir la participación de los pueblos interesados para la realización por parte del Estado de ciertos proyectos y prevén una indemnización equitativa (reparación justa y equitativa en el texto de la ONU). En el Proyecto de Declaración de la OEA se trataría de “todo programa de prospección, planeamiento o explotación de los recursos existentes en sus tierras y territorios”, mientras que la Declaración de la ONU comprende “cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos”, para lo cual se requiere un “consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto”.

(45) ANAYA, James, “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina”, <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/09/Informe-del-Relator-sobre-derechos-de-pueblos-ind%C3%ADgenas-misi%C3%B3n-a-Argentina-2012.pdf> del 15/07/2019.

(46) Para ampliar el tema puede verse el siguiente cuadro comparativo: acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/CUADRO-COMPARATIVO-ENTRE-en-el-convenio-169.pdf de fecha 22/07/2019

Finalmente, ambos textos imponen ciertas atribuciones de protección al Estado: el texto de la OEA incluiría la prevención contra la intrusión o el establecimiento de un marco jurídico para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, mientras que el texto de la ONU contiene una obligación más directa que asegure el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos.

El texto de la ONU dispone de un derecho de restitución o indemnización por tierras, territorios o recursos “confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. El artículo XII del Texto de la OEA contiene un derecho a restitución o indemnización “respecto a la propiedad integrante” del patrimonio histórico y ancestral del que fueron despojados.

- *Ley Nacional sobre Políticas Indígenas y Apoyo a las Comunidades 23.302.*

A nivel nacional y siguiendo este iter favorablemente expansivo, en el año 1985 se dictó la Ley Nacional sobre Políticas Indígenas y Apoyo a las Comunidades 23.302, a modo de reivindicación jurídica de nuestro país frente a la temática que venía avanzando a nivel internacional, a instancias de revueltas indígenas especialmente promovidas en la Provincia de Jujuy, cuyos mayores logros fueron el reconocimiento de personería jurídica a las comunidades radicadas en el país, la creación del Registro Nacional de Comunidades, y del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) dentro de la órbita del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

Esta ley define a las comunidades indígenas como los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban territorio nacional en época de la conquista o colonización de indígenas o indios. Es una ley vanguardista para el país, que sigue las directrices de los instrumentos internacionales.

Como un importante avance, regula las cuestiones relativas a la adjudicación de las tierras en propiedad a las comunidades existentes en el país, debidamente inscriptas, estableciendo como condición que ellas sean aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal según las necesidades de cada comunidad, siempre que estas se encuentren en el lugar en que ellos habiten.

Por otra parte, reconoce la adjudicación en propiedad privada de tierras a indígenas no integrados a la comunidad, prefiriendo a quienes formen grupos familiares, y establece como obligación de los adjudicatarios que se radiquen en las tierras, que no las vendan, arrienden o transfieran, puesto que esto hace a su esencia.

Si bien la ley, fue un verdadero avance y una primera manifestación de los derechos de las comunidades, ya que establece un concepto definido por su pertenencia —criterio subjetivo: conciencia de la propia identidad, y por la descendencia de poblaciones preexistentes-y criterio objetivo: histórico—,

como reflexión crítica se puede decir que puso énfasis en el modelo de propiedad tradicional.

Esto es, mantiene la concepción de la propiedad privada en algunos casos, como también los vincula con actividades económicas que luego resultaron contrapuestas con la propia cultura de las comunidades. Es decir, no incorpora el paradigma del pluralismo jurídico, y por ende, de un nuevo tipo de propiedad.

Otro aspecto importante que trajo consigo esta ley fue la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), como se dijo, el que en la actualidad sigue operando como registro de las comunidades indígenas del país. Sin embargo, en las provincias también se ha legislado y se han habilitado registros, por lo cual es posible que la información no esté concentrada.

En cuanto al INAI como organismo nacional encargado de registrar a las comunidades, nada impide que se haga el doble registro y se trabaje concertadamente a nivel local como nacional, aportando relevamientos, estadísticas y experiencias para la aplicación progresiva de los derechos en pos de criterios comunes o similares. Todo suma a la hora de reconocer estos derechos.

Esa institución, viene llevando adelante desde el año 2003 el Programa de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (RETECI), con fundamento en la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas.

A partir de ese marco institucional, entre los años 1996 y 1997 las comunidades indígenas de todo el país comenzaron a intervenir en un proceso de participación, convocados por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Desarrollo y del INAI, oficina responsable de la política indígena a nivel nacional, lo que aún se sigue cumpliendo.

- Ley Nacional de Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras Indígenas 26.160 y sus prórrogas

Continuando con la evolución legislativa positiva, hacia finales del año 2006 se dicta la ley 26.160 que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, referida a aquellas cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo Provincial competente o aquellas preexistentes.

La citada ley generó grandes expectativas sobre el reconocimiento de las tierras de los pueblos originarios, puesto que suspendió la ejecución de sentencias y actos de desalojo por un lapso de tiempo de cuatro años para realizar una titulación de las tierras indígenas que antes hubiesen sido inscritas como particulares.

Por otra parte, ordenaba al INAI que realice un relevamiento catastral de la situación de las tierras ocupadas y crea un fondo especial para la asistencia

financiera que servirá para afrontar los gastos que demande la regularización.

Esta ley fue prorrogada sucesivamente en 2009, 2013; finalmente, el 08/11/2017, la Cámara de Diputados de la Nación sancionó por unanimidad la ley 27.400 ⁽⁴⁷⁾, concediendo una nueva prórroga y extendiendo las fechas para realizar los relevamientos hasta el 23/11/2021.

La importancia que cobran las leyes antes mencionadas se vincula a impedir el desalojo de los pueblos indígenas de sus territorios, por un lado, y por el otro a preparar el camino para la regularización de las tierras a través de los relevamientos, dando cumplimiento al vacío reglamentario generado a partir de la manda constitucional del art. 75 inc. 17.

- Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques 26.331

Por su parte, la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques 26.331 también cobra importancia en el tema de los territorios indígenas por cuanto viene a incidir literalmente hablando, en todo aquello que hace a la reserva del bosque nativo; de allí su directa influencia sobre los territorios que defienden como propios las comunidades indígenas como parte de su cosmovisión.

Si bien a nivel nacional no hubo otras normativas más recientes, el déficit más importante radica en la falta de una correcta u oportuna reglamentación de las ya dictadas, creando un espectro jurídico sustentable, con bases sólidas, pero en terrenos aún anegados, como así también en la llamada brecha de implementación.

Actualmente se encuentra en tratamiento en el Congreso de la Nación un proyecto de ley, que cobra singular relevancia por cuanto constituye una verdadera reglamentación de la cláusula constitucional, brindando una amplia protección a las comunidades, y estableciendo un régimen protectorio de los territorios indígenas.

En primer término, se define la propiedad comunitaria indígena, su alcance, los modos de constitución y criterios para el reconocimiento legal, y se regula minuciosamente el proceso de consulta y participación ⁽⁴⁸⁾.

(47) Prorrogan la Ley 26.160 hasta 2021, [argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar/noticias/prorrogan-la-ley-26160-hasta-2021), Ministerio de Justicia y DD.HH., 2017, en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/prorrogan-la-ley-26160-hasta-2021>, del 10/01/2018.

(48) Proyecto de Ley de propiedad comunitaria indígena -Versión integrada con aportes del proyecto S- 0691/17, Expte S- 4036/15 en http://www.elorejiverde.com/attachments/article/4091/S691_17PL%20Propiedad%20Comunitaria%20Ind%20C3%ADgena.pdf de fecha 10/07/2019.

- *Reglas de Brasilia*

También existen normas que como directrices pueden servir a los magistrados a la hora no solo de juzgar cuestiones territoriales indígenas sino también de tramitarlas; son las *Reglas de Brasilia* ⁽⁴⁹⁾. Fruto de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que convoca a los representantes de los poderes judiciales de los países de habla hispana, se han elaborado estas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, entre los que se encuentran las poblaciones indígenas.

De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la *Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano* (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte, titulada “Una justicia que protege a los más débiles”.

No se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial, de allí su significativa importancia práctica.

No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. De allí la importancia de su conocimiento por parte de ellos ⁽⁵⁰⁾.

Cuando describe a los destinatarios del servicio de justicia, luego de identificar el concepto de vulnerabilidad, se refiere a los miembros de las comunidades indígenas ⁽⁵¹⁾.

(49) Reglas de Brasilia, precitada 28.

(50) ALTABE DE LÉRTORA, Martha, “Operatividad de las reglas de Brasilia respecto de los pueblos indígenas, en *Derecho Constitucional Indígena*”, Editorial Contexto, Resistencia, 2012.

(51) “Reglas de Brasilia: Art. 4: Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen, identidad indígena o su condición económica. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciben por parte de los sistemas de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas alternativas y restaurativas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con los sistemas de administración de justicia estatal. Se entenderá que existe discriminación hacia las personas afrodescendientes o pertenecientes a otras diversidades étnicas o culturales, cuando se produzcan situaciones de exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional, étnico o cultural que anulen o menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las es-

Por su parte, al regular el acceso a justicia, establece la necesidad de proveer de intérprete, estimula la resolución de conflictos dentro de las comunidades, en la celebración de los actos judiciales disponen que se respetará la dignidad y cosmovisión, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, personas afrodescendientes y otras diversidades étnicas y culturales conforme al ordenamiento jurídico de cada país.

De tal modo, que para los juzgadores estas directrices pueden ser de mucha utilidad frente a la inexistencia de normas procesales específicas, a la hora de tramitar causas donde participen estos actores sociales, de modo que, a la hora de resolver, en definitiva, no se le planteen nulidades, o bien puedan argumentar sobre la base de una positiva participación y escucha de la voz de los pueblos indígenas.

4.2. El nuevo Código Civil y Comercial unificado y la naturaleza jurídica del derecho de propiedad comunitario indígena

Un tema no menor, y que seguramente concitará la atención de los jueces por su recurrencia en los planteos tribunales es si el modelo de propiedad indígena tiene cabida en nuestro ordenamiento legislativo. El planteo se presenta de modo liminar y recurrente en los tribunales, por ser sin dudas uno de los aspectos que trata el nuevo Código Civil y Comercial, referido a las llamadas nuevas formas de dominio.

Como se ha venido analizando en los anteriores capítulos, pretender encasillar este tipo de propiedad comunitaria dentro del sistema del código iusprivatista, resultaba complicado, a la vez que desconoce aquella trama indivisible que constituyen los derechos indígenas, vinculados íntimamente con la concepción pluralista del derecho, la proclama de su libre determinación como pueblos, y muy especialmente el derecho de consulta y participación.

La comunidad como unidad social, donde se articulan la vida y la cultura, es el resultado de la relación del indígena con la tierra y tiene un punto de partida espiritual pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno; pues esas matizaciones son incompatibles con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre naturaleza.

Allí nacieron ellos, allí reposan sus antepasados, allí nacieron sus hijos. Más que sentir que son poseedores de la tierra su concepción encierra la idea que la tierra los posee a ellos. En la propiedad comunitaria indígena hay una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un grupo social autónomo, con una actividad laboral inteligentemente organizada dirigida al bien de la comunidad.

feras política, económica, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública".

Sin perjuicio de remarcar que la vía legislativa sigue siendo la única válida para la creación de nuevos derechos reales en el actual código, hallándose vedada la posibilidad de que los particulares los creen por acuerdo de voluntades, en Argentina, la forma de propiedad comunitaria indígena se erige como un verdadero derecho de rango constitucional, de carácter autónomo a partir de la reforma constitucional de 1994.

Una de las modificaciones más sorprendentes y discutidas fue la incorporación del art. 75, inc. 17 de la CN ya que constituye *per se* una reivindicación histórica ⁽⁵²⁾; en efecto, el constituyente reconoce un nuevo derecho sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra y los territorios sobre la que recae, conteniendo notas típicamente diferenciales que se asientan en el modelo pluricultural de que se trata.

A diferencia del derecho real de dominio propiamente dicho que es absoluto, y donde el titular conserva la mayor cantidad de facultades, la propiedad indígena no es enajenable, ni transmisible, ni susceptible de ser embargada o gravada. A la vez, se descarta cualquier semejanza con la figura del condominio por cuanto los territorios son indivisibles por tener un único sujeto titular que es la comunidad, el pueblo indígena.

De este modo, ya desde su génesis en el texto constitucional se establecen prohibiciones que sirven para la protección reforzada conforme la finalidad a la que está destinada; y su aspecto positivo es impedir que los grupos económicos se abusen del estado de indefensión de las comunidades, preservándose el hábitat natural de los grupos aborígenes evitando la ejecución de las garantías y el desarraigo.

Estos conceptos no resultan aislados, sino por el contrario, surgen de manera armónica, coherente y sistemática de los convenios e instrumentos jurídicos internacionales descritos anteriormente, que han sabido desentrañar el sentido de la cosmovisión indígena.

Completando su reconocimiento constitucional, el nuevo Código Civil y Comercial ha incorporado un artículo específico que dispone:

Art. 18: “Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”.

Si bien no toda la doctrina es conteste en su incorporación en el código ⁽⁵³⁾, puede decirse que, de este modo, se profundiza legalmente el manda-

(52) ALTERINI, Jorge H., Corna, Pablo y VÁZQUEZ, Gabriela, “Propiedad Indígena”, Ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, p. 85.

(53) RAMÍREZ, Silvina, “Comentarios sobre la regulación de la Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, <https://repositorio.utdt>.

to constitucional al incorporarlo dentro del Título “Derechos y Bienes” y no dentro del Libro IV destinado a los Derechos Reales, otorgándole una categoría especial ⁽⁵⁴⁾.

Además, en ley 26.994 ⁽⁵⁵⁾ de promulgación, se dispuso como norma transitoria primera que “los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficiente para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”.

Por tanto, puede decirse que la propiedad comunitaria indígena respeta el *numerus clausus* al haber sido creada por un precepto constitucional y ser de orden público, encontrando su fundamento en la reparación histórica por los daños espirituales y materiales sufridos durante la conquista y colonización.

Constituye un nuevo modelo de propiedad, claramente diferenciable de la propiedad privada, concepto que debe incorporar el juzgador a partir de la visión pluralista del derecho.

4.3. Deberes de los Estados

Ahora bien, la resignificación de los derechos territoriales indígenas impone criterios rectores, de los que se derivan un conjunto de deberes de los Estados, que los jueces también están llamados a hacer cumplir, y tienen fuente en el derecho internacional y en el derecho interno, muy específicamente desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como ser:

- Delimitar y demarcar las tierras tradicionales como paso previo a la titulación (Corte IDH, 2001, párr. 153).
- Titular efectivamente las tierras (CIDH, 2002, punto 130).
- Reconocer y conservar las modalidades propias de cada comunidad de relacionarse con las tierras y el territorio (CIDH, 2002, punto 130; CIDH, 2000, 115; Corte IDH, 2001, párr. 149).
- Sancionar un marco legal adecuado a las pautas culturales de los pueblos indígenas para efectivizar el derecho a la propiedad comunitaria (Corte IDH, 2007, 30 y ss.).
- Establecer un procedimiento efectivo y adecuado para la delimitación, demarcación y titulación (Corte IDH, 2001, párr. 37).

[edu/bitstream/handle/utdt/10673/RATJ_V13N1_Ramirez.pdf?sequence=1&isAllo wed=y%2520de%2520fecha%2520 del 22/07/2019.](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1875666619300000)

(54) VÁZQUEZ, Gabriela, ob. cit.

(55) Argentina. Ley 26.994, en servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ver-Norma.do?id=235975, del 20/07/2019.

- Reconocer la personería jurídica (a través de consultas) como medida específica destinada a garantizar que los pueblos indígenas gocen de sus territorios, según sus tradiciones (Corte IDH, 2007, párr. 171-174).

- Devolver las tierras tradicionales, por lo tanto, adquirirlas cuando se encuentren en manos de terceros (CIDH, 2000, 121; CERD, 1997, párr. 5). El Estado solo puede entregar una previa y justa indemnización a las comunidades indígenas en aquellos casos en que sea imposible la restitución de las tierras y la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para estas (Corte IDH, 2005, párr. 146-149).

- Proteger el hábitat indígena y asegurar que las comunidades puedan controlar efectivamente sus tierras. El Estado no puede realizar ni tolerar actos que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde viven y realizan sus actividades los miembros de las comunidades (Corte IDH, 2001, párr. 153; Corte IDH, 2007, párr. 115).

- Garantizar la seguridad, permanencia del control y uso de los recursos naturales para que los pueblos indígenas puedan mantener su forma de vida (Corte IDH, 2007, párr. 122).

- Asegurar que las restricciones que se efectúen al derecho a la tierra y los recursos naturales, además de respetar las garantías de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no impliquen una denegación de las tradiciones y costumbres que pongan en peligro la subsistencia como pueblo (Corte IDH, 2007, párr. 128).

- Brindar las garantías de consulta y participación efectiva frente a restricciones a los derechos de propiedad en relación con cualquier plan de desarrollo e inversión, de obtener beneficios compartidos de dichos proyectos y que se realicen estudios previos de impacto social y ambiental (Corte IDH, 2007, párr. 129).

- Brindar protección judicial efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de las comunidades indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (Corte IDH, 2005, párr. 63; Corte IDH, 2007, párr. 178).

- Evitar traslados de comunidades indígenas considerando que los vínculos especiales que estas tienen con su tierra pueden afectar en forma grave a estas poblaciones (CIDH, 2000, párr. 128-129).

- Cumplir los deberes de reparación. El Estado debe compensar a las comunidades indígenas por la tardanza prolongada e injustificada en la delimitación, demarcación y titulación de la propiedad comunal.

- Garantizar la consulta y participación de los Pueblos Indígenas en la determinación de medidas que afecten las tierras o territorios (CIDH, 2002, párr. 140-142).

Como puede verse, los deberes han sido cabal fruto de la labor del sistema interamericano, el que ha avanzado sustancialmente en la definición de lineamientos para guiar el cumplimiento de este derecho en el ámbito interno de los Estados.

Los deberes tienen como contrapartida que su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado, por lo cual, los jueces como parte de él, deben tener muy en cuenta cuál es el rol que deben cumplir y hacer cumplir a los otros Poderes del Estado.

Resulta de inusitada gravedad que mantengan vigencia las recomendaciones del Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, luego de visitar la Argentina en 2011 ⁽⁵⁶⁾, de donde surge que si bien el Estado argentino ha realizado pasos importantes para reconocer los derechos de los pueblos indígenas en el país —en el que se analizan detalladamente los derechos territoriales—, persiste una brecha significativa entre el marco normativo y su implementación real.

En su informe remarcó la necesidad de capacitar y formar a los funcionarios estatales, incluidos los operadores judiciales sobre las normas nacionales e internacionales en materia de pueblos indígenas.

Por ende, el protagonismo que asume el Poder Judicial como garante no solo del reconocimiento y de la protección efectiva de los derechos territoriales indígenas, se expande a cumplir y hacer cumplir los deberes del Estado.

5. Capítulo IV: Derecho judicial. La construcción de la perspectiva indígena desde la voz de los jueces

5.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos territoriales y los vinculados a ellos

La cuestión de la construcción de una perspectiva indígena a partir del marco jurídico del pluralismo, de los principios, de las normas nacionales e internacionales, está íntimamente ligada a los derechos que se pretenden salvaguardar; es misión de los jueces dar respuestas para la protección de aquellos que se vinculan con sus territorios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es sin dudas quien más ha contribuido al crecimiento del *corpus iuris* en materia de derechos indíge-

(56) ANAYA 2012: Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10042.pdf> de fecha 15/07/2019.

nas, juntamente a la relevante labor ejercida por la Comisión Interamericana. Si bien los fallos no son numerosos, en el orden de la decena, son realmente señeros en materia de propiedad colectiva de los territorios.

En el año 2001, en oportunidad de expedirse en el “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” ⁽⁵⁷⁾, Sentencia de 31 de agosto de 2001, la Corte IDH define y fija el alcance del concepto de territorio indígena; reconoció a la luz del art. 21 de la Convención Americana la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre la tierra ⁽⁵⁸⁾, y la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aún a falta de título: brindó como fundamento la necesidad de la estrecha relación que los indígenas tienen sobre sus tierras, sea reconocida y comprendida como basamento de su cultura, de su vida espiritual, su integridad y supervivencia socioeconómica.

Sumado a este importante precedente, en el “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam” ⁽⁵⁹⁾, Sentencia 15/06/2005, la Corte sostuvo que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias —pero que carecen de un título formal de propiedad—, la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

Arriba a esa conclusión considerando diferentes argumentos como ser los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral, la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra la que debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En ese mismo año, resuelve el “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” ⁽⁶⁰⁾, resaltando que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.

Por su parte, en otro “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” ⁽⁶¹⁾, Sentencia de 06/02/2006, avanza aún más disponiendo que el Estado tiene una serie de obligaciones que concluyen con la entrega definitiva de la tierra tradicional a la Comunidad Yakye Axa.

(57) Corte IDH, “Awas Tingni”, ob. cit.

(58) CIDH, “Awas Tingni”, ob. cit., párr. 148-149.

(59) CIDH, “Moiwana”, ob. cit.

(60) CIDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 2005.

(61) CIDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, 06/02/2006.

Estas obligaciones estatales, por la propia naturaleza del trámite interno, son secuenciales: primero se debe identificar el territorio de la Comunidad, establecer sus límites y demarcaciones, así como su extensión. Concluida la identificación del territorio y sus límites, de resultar que este se encuentra en manos privadas, el Estado debe iniciar los procedimientos para su compra o valorar la conveniencia de expropiar.

En el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay” ⁽⁶²⁾, Sentencia del 29/03/2006 indica el Tribunal que esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana, resultando de gran valor interpretativo. Considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de esta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.

En este caso, a diferencia del anterior, las tierras reclamadas por los indígenas estaban en poder del Estado —en los dos primeros casos eran detentadas por particulares que las habían adquirido—.

Con igual relevancia, se pronunció sobre la persistencia en el tiempo de los derechos de propiedad sobre las tierras ancestrales de pueblos indígenas, cuando estos hayan perdido la posesión sobre ellas. Al respecto, en el citado caso “Sawhoyamaxa” sostuvo que el derecho a la reivindicación de las tierras de propiedad ancestral reclamadas por los pueblos indígenas no se extingue mientras estas mantengan su relación con dichas tierras, sea esta material o espiritual.

Continuando con este hilo argumental, en el “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” ⁽⁶³⁾, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, destaca que conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

Reiterando anteriores fundamentos, en el “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” ⁽⁶⁴⁾, sentencia de 27/06/2012, afirma que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales

(62) CIDH, “Sawhoyamaxa”, ob. cit.

(63) CIDH, “Saramaka”, ob. cit.

(64) Ibidem.

de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

En el año 2013 la Corte se expide en el caso de las “Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia” ⁽⁶⁵⁾, condenando al Estado por la violación de derechos humanos al no garantizar la integridad personal y desplazar forzosamente a los miembros de la comunidad. Se trató de desposesión ilegal de los territorios ancestrales, en violación al derecho de propiedad colectiva protegido por el art. 21 de la Convención.

También fue más allá determinando que el Estado no había garantizado un recurso efectivo que remediara la ilegalidad de las explotaciones madereras en territorios colectivos de las comunidades, ni el cumplimiento de las decisiones de los tribunales internos en relación con el art. 25 de la Convención. Es decir, la importancia de este precedente es agudizar la responsabilidad del estado, poniendo acento no solo en las violaciones en sí sino en la falta de supervisión de las órdenes judiciales.

En el “Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá” ⁽⁶⁶⁾, sentencia de 14/10/2014, agrega que debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

En el año 2015 resuelve el caso “Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras” ⁽⁶⁷⁾, declarando responsable internacionalmente al Estado por haber incumplido la obligación de delimitar y demarcar las tierras tituladas a favor de la comunidad.

(65) CIDH, “Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia”, 20/11/2013.

(66) CIDH, “Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá”, 14/10/2014.

(67) CIDH, “Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras”, 08/10/2015.

Sin embargo, en materia de delinear estándares, lo más interesante de este fallo es que consideró que el Estado era responsable de haber violado su deber de adecuar el derecho interno por no haber dictado normas o prácticas que permitieran garantizar el derecho a la consulta.

En el “Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam” ⁽⁶⁸⁾, Sentencia de 25/11/2015 sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente.

Recientemente, en el mes de febrero de 2018 la CIDH resolvió el “Caso Pueblo Indígena Xucurú y sus miembros vs. Brasil” ⁽⁶⁹⁾, donde se analizó la responsabilidad del Estado en materia de vulneraciones al derecho de propiedad, garantías judiciales y protección judicial en relación con el proceso de titulación, demarcación y saneamiento del territorio del pueblo indígena de mención.

Tanto la Comisión Interamericana como los recurrentes alegaron el agravio al derecho a la propiedad colectiva por falta de seguridad jurídica en dos vertientes: por un lado, sobre el derecho de propiedad respecto al territorio Xucurú y la falta de eficacia de las acciones emprendidas por el Estado para efectuar el registro y titulación del territorio, y por el otro, la falta de seguridad jurídica en el uso y goce de la propiedad, derivada en la falta de saneamiento del territorio.

En lo que a este trabajo se refiere resulta de trascendental importancia el primer punto en debate, respecto del cual la Corte concluye que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas o cuando el derecho a la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro, sin que la limitación a este último implique la denegación de su subsistencia como pueblo.

La resolución es señera en este aspecto, y requiere esa instancia de ponderación específicamente al momento del reconocimiento, la demarcación y titulación de los derechos territoriales, presupuesto y base de los demás derechos.

Concluye condenando al Estado de Brasil por cuanto considera que las acciones emprendidas no fueron suficientemente efectivas, y no se hicieron

(68) CIDH, “Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam”, 25/11/2015.

(69) CIDH, “Caso Pueblo Indígena Xucurú y sus miembros vs. Brasil”, 2018.

en un plazo razonable, dado que hubo un retraso administrativo excesivo, en particular en cuanto a la homologación y titulación de los territorios Xucurú.

Otro dato de interés es que en breve la Corte tendrá oportunidad de expedirse sobre un caso que involucra a la Argentina. En febrero de 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte el caso de las comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra).

En el informe de fondo sobre el caso, la CIDH concluyó la violación del derecho a la propiedad de las víctimas por no haberles provisto acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral, pese a que, para ese momento, habían transcurrido dos décadas desde que se presentó la solicitud inicial de titulación, en 1991. También determinó la violación del derecho a la propiedad, por cuanto el Estado se abstuvo de materializar los derechos, legalmente reconocidos, violando así el acceso de las comunidades indígenas a la implementación efectiva de la ley. Sobre este punto, la CIDH consideró que el Estado frustró la confianza legítima que las actuaciones de las autoridades provinciales generaron en las comunidades indígenas de acceder a un título común de propiedad territorial. Igualmente, la CIDH concluyó la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, debido a la falta de provisión de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral; así como a las variaciones sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable a la reclamación territorial indígena, en no menos de seis ocasiones.

El caso también comprende el desconocimiento de los derechos a la propiedad, al acceso a la información y al derecho a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, en perjuicio de las comunidades indígenas al haber llevado a cabo obras públicas y otorgado concesiones para la exploración de hidrocarburos en el territorio ancestral, sin satisfacer los requisitos de adelantar procesos de expropiación; no amenazar la subsistencia de las comunidades indígenas; realizar consultas previas, libres e informadas, así como estudios de impacto social y ambiental y garantizar la participación de las comunidades indígenas en los beneficios derivados de las concesiones otorgadas.

Finalmente, la Comisión determinó otra violación del derecho a la propiedad en perjuicio de las comunidades indígenas, al haber omitido emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena mediante la tala y extracción ilegales de madera.

La Comisión Interamericana sometió el caso a la jurisdicción de la Corte el 01/02/2018, porque consideró que Argentina no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo.

Este caso le permitirá a la Corte IDH profundizar en su jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos indígenas en una multiplicidad de as-

pectos que incluyen los procesos de titulación y reconocimiento formal de su territorio ancestral, la implementación de las normas que reconocen derechos a favor de los pueblos indígenas y el uso y goce efectivo de las tierras, territorios y recursos naturales, en situaciones de ocupación total o parcial por parte de colonos. Además, en cuanto a las obligaciones estatales frente a la realización de obras públicas o concesiones de proyectos que pueda afectar las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas.

La finalidad de esta exposición sobre los derechos y su alcance desde una visión jurisprudencial es conocer bajo la mirada de la Corte Interamericana las necesidades especiales de estas comunidades, y las obligaciones positivas de los Estados en la materia, que puedan generar responsabilidades internacionales; por otra parte, el valor de estas sentencias es que sus estándares forman parte del control de convencionalidad que deben realizar los órganos estatales.

En cuanto a la competencia consultiva de la Corte IDH, existen tres Opiniones Consultivas que explícitamente se refieren a los pueblos indígenas y sus derechos colectivos diferenciados, aunque no en forma principal y exclusiva. La OC-22/16 ⁽⁷⁰⁾ es previa a la Declaración de la OEA y las OC-23/17 ⁽⁷¹⁾ y OC-24/17 ⁽⁷²⁾, son posteriores a ella.

La OC-22/16 *Titularidad de Derecho de las Personas Jurídicas* en el SIDH del 26/02/2016 solicitada por Panamá incluye a los pueblos y comunidades indígenas como titulares de derecho a pesar de la letra 1.2 CADH que no los incluía.

La OC-23/17 Medioambiente y Derechos Humanos del 15/11/2017 solicitada por Colombia, además de considerarlos como sujetos vulnerables de impacto diferenciados en materia ambiental, utiliza los avances en el SIDH respecto a los derechos de los pueblos indígenas para desenvolver las obligaciones estatales con relación al medio ambiente.

La OC-24/17, Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo del 24/11/2017, solicitada por Costa Rica, habla de familias indígenas.

5.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuestiones territoriales indígenas

Ahora bien, para los magistrados, uno de los principales referentes son los fallos del Máximo Tribunal de la Nación, en cuanto a su función de garan-

(70) Ver en :http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf de fecha 20/07/2019

(71) Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf de fecha 20/07/2019

(72) Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf de fecha 20/07/2019

te último de los derechos fundamentales de los ciudadanos al fijar las líneas interpretativas a las que han de ceñirse los tribunales inferiores.

Con relación a las cuestiones indígenas en general, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia atravesó dos períodos bien marcados: el primero, donde se silenció a los pueblos indígenas, al negarles su acceso a justicia en forma colectiva; y segundo, en que se produjo una importante visibilización de sus demandas a nivel judicial, acuñando su intensa labor interpretativa especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994.

Como directrices generales puede observarse que:

- En la interpretación de la Corte, los derechos contenidos en el art. 73 inc. 17 son operativos.

- En cuanto a la competencia, las causas que versen sobre los derechos contenidos en la nueva cláusula constitucional no dan lugar por sí mismas a la jurisdicción federal en razón de la materia. Es decir que las demandas deben iniciarse ante los tribunales ordinarios, pudiendo llegar a la Corte por vía del recurso extraordinario federal, una vez agotada la jurisdicción local. Las excepciones serían aquellas causas que caigan dentro de las previsiones de los arts. 116 o 117 de la CN.

- Se comprueba que la mayor parte de los casos ingresados se relacionan con el derecho al medio ambiente indígena, tanto el derecho a la tierra como al territorio continúan siendo objeto de constantes violaciones por parte del Estado y de los particulares, no obstante, el cambio normativo.

- Es muy reducido el número de casos en que la Corte ha ingresado y debatido la cuestión de fondo, y en estos no ha habido un análisis o desarrollo profundo de los derechos de las comunidades indígenas.

En el año 2005, la Corte tuvo oportunidad de fallar en el conflicto de la Asociación de Comunidades Lhaka Honhat —asociación que nuclea diferentes comunidades de las etnias *wichí* (mataco), *yowaja* (chorote), *niwacle* (chulupí), *komlek* (toba) y *tapy'y* (tapieté)— con la Provincia de Salta por la realización de un referéndum.

Mediante este mecanismo se supeditaba la decisión de la provincia de entregar las tierras ancestrales a sus “legítimos ocupantes” (es decir a las comunidades que allí se asientan desde tiempos inmemoriales) al voto de los habitantes de la zona.

Ante esta situación, la Asociación Lhaka Honhat interpuso una acción para frenar la realización del referéndum, al cual consideraron ilegal en tanto sometía a la voluntad popular el goce de los derechos sobre sus tierras, cuando la obligación de entregarlas surgía nítidamente de los postulados de la Constitución Nacional.

La mayoría de la Corte Suprema decidió rechazar la acción presentada por las comunidades por considerar que la cuestión no resultaba de su com-

petencia, en tanto los actores habían intentado un recurso directo de competencia originaria de la Corte, y se trataba de una cuestión que debía ventilarse primero ante la justicia local, en este caso, la Provincia de Salta.

Debe aclararse que la controversia sobre la competencia ante cuestiones que involucren el incumplimiento por parte de una provincia de normas federales, el rol del Estado Federal como garante último de los derechos humanos y su posible responsabilidad ulterior ante los foros internacionales, no es una cuestión que esté exenta de controversia en la jurisprudencia, sino que, por el contrario, se encuentra debatida. No obstante, la Corte se pronunció por su incompetencia, hecho que de por sí representa un obstáculo insalvable para el progreso de la acción.

En el año 2007 la Corte Suprema resolvió una medida cautelar, en el marco de una acción de amparo, interpuesta por el Defensor del Pueblo de la Nación contra el Estado Nacional y la Provincia de Chaco en favor de las poblaciones indígenas ubicadas en los departamentos de General Güemes y Libertador General San Martín de esa provincia. La acción pretendía que el Estado adopte las medidas necesarias con el fin de modificar las condiciones de vida de estos pueblos, quienes se encontraban —según palabras del propio Defensor del Pueblo— en una situación de “exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable”.

En este caso, decidió hacer lugar a la medida cautelar ordenando al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco garantizar la provisión de agua potable, alimentos y medios de transporte y comunicación hacia los centros sanitarios. A su vez, convocó a la Nación y a la Provincia a una audiencia pública y también les ordenó, en un plazo de 30 días, la producción de informes sobre las condiciones de vida de las comunidades de la zona.

La Corte adoptó una “medida urgente” con el fin de salvaguardar derechos constitucionales afectados, sin detenerse en la cuestión de competencia. No obstante, no se pronunció sobre la forma en que el Estado debería hacer efectivo el goce de los derechos indígenas, de manera de aportar argumentos sustanciales que apunten a modificar, en un plazo razonable, aquellas condiciones y factores estructurales que originaron la adopción de esta medida.

Sin embargo, lo que parecía un cambio jurisprudencial con perspectivas de consolidarse no fue sostenido. Las cuestiones jurídicas de índole formal también resultaron óbice para que la Corte en el año 2007 se abocara al estudio del reclamo de las comunidades indígenas La Bendición y El Arenal.

Este caso resultaba paradigmático, en tanto hacía foco en las tensiones, muy actuales, generadas por la implementación de proyectos de desarrollo económico en conflicto con derechos fundamentales de carácter colectivo, esto es, el derecho de las comunidades afectadas a vivir de acuerdo con sus propias pautas culturales y sociales.

El reclamo se había iniciado por el comienzo de las obras tendientes a la construcción del gasoducto Pocitos-Campo Durán (en el departamento de San Martín, Provincia de Salta) sobre terrenos pertenecientes a las comunidades de la zona. Si bien ya existía un antiguo gasoducto en dichos terrenos, las empresas Refinor SA y Conta SRL emprendieron la construcción de un nuevo gasoducto sobre el existente.

Estas obras se iniciaron sin solicitar el consentimiento de las comunidades, las cuales solo habían acordado con las empresas un permiso para realizar estudios topográficos en determinadas parcelas de sus territorios. Por otro lado, las empresas tampoco habían confeccionado los estudios de impacto ambiental, social y de seguridad geodésica, necesarios a los fines de llevar adelante una obra de tal envergadura en zonas donde se localiza población.

Luego de un proceso judicial en el cual se acumularon diversas acciones interpuestas paralelamente por las comunidades (con el objeto de que se dispusiera la prohibición de continuar las obras iniciadas sobre sus terrenos) y por las empresas (con el fin de que se les permitiese continuar y finalizar las obras), y que las instancias inferiores hicieran lugar al reclamo de estas últimas, la cuestión llegó a conocimiento de la Corte por vía de recurso extraordinario.

La mayoría del Tribunal, haciendo eco del dictamen de la Procuración General de la Nación, resolvió que el recurso era inadmisibile por no dirigirse contra una sentencia definitiva o un pronunciamiento equiparable a tal. Nuevamente, el Máximo Tribunal ponderó determinados principios y reglas del derecho y omitió otros de igual peso al momento de pronunciarse sobre un reclamo llevado adelante por comunidades indígenas, no tomando en cuenta la especial naturaleza de los derechos vulnerados ni las múltiples vulneraciones que la destrucción del territorio acarrea para los indígenas.

Una sentencia significativa para los Pueblos indígenas fue la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 2014. El fallo “Pilquiman, Crecencio c. Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo”⁽⁷³⁾ es el eslabón final de un camino de recursos judiciales que finalmente llegó, a nivel provincial, al Tribunal Superior de Justicia de Neuquén para finalmente desembocar en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En ella, se dejó sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Chubut, que denegaba el legítimo reclamo de una comunidad indígena de ejercer sus derechos constitucionales. Estos derechos, entre otros, son los de consulta y participación, centrales para la construcción de un Estado intercultural.

(73) CS, “Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/acción de amparo”, 2014.

El Sr. Pilquiman, miembro de una comunidad indígena, había demandado al Instituto Autárquico de Colonización (IAC) de Chubut por haber adjudicado en venta a un particular una superficie aproximada de 2500 hectáreas en donde se encuentra un cementerio de la comunidad indígena, solicitando la nulidad de la resolución. Por otra parte, demandó se respeten los derechos de participación y consulta respecto del territorio y los recursos naturales, tal como están contemplados en la Constitución Nacional y en el Convenio 169 de la OIT.

La CSJN decide hacer lugar al pedido de la comunidad indígena, en el entendido que efectivamente se estaban violando derechos constitucionales. En su considerando 6 afirma en primer lugar su respeto el principio federal, y luego enfatiza la idea muy extendida de que la Corte es el último intérprete y salvaguarda final de los derechos contemplados en la Constitución Nacional.

De este modo, la Corte reconoce que los derechos a la consulta y a la participación deben ser respetados y ameritan una respuesta que el Tribunal provincial dejó de lado, invocando consideraciones formales. La Corte puede entender las causas “solo luego de ser agotadas todas las instancias, lo cual supone la aptitud jurisdiccional de los tribunales locales para expresarse sobre tales aspectos, previo a su escrutinio en el contexto del remedio federal”. En el caso, y dado que el TSJ de Chubut no se adentra en la causa y rechaza el recurso invocando cuestiones formales, no discute sobre el fondo de la cuestión, por lo cual la sentencia no puede ser debidamente analizada por la Corte Suprema.

La consulta es un instrumento central para la posibilidad de goce y defensa de los derechos indígenas; a través del ejercicio del derecho a la consulta, los Pueblos indígenas pueden formar genuinamente parte del Estado. Se convierten en interlocutores, en sujetos políticos que hacen llegar sus voces sobre medidas, regulaciones, acciones que directamente los involucran.

Sin dudas el caso más reciente e importante en la materia es “Martínez Pérez, José c. Palma, Américo y otros s/ interdicto de recobrar —sumarísimo— s/medida cautelar” ⁽⁷⁴⁾ resuelto en el mes de noviembre de 2015, en el cual se discutía.

En primer lugar, hay que resaltar que el dictamen de la Procuradora General de la Nación es quien fundamenta suficientemente el voto que hacen suyos los ministros para acoger favorablemente el recurso extraordinario y con ello, deja sin efecto la sentencia apelada.

El planteo parte de que la posesión comunitaria indígena tiene jerarquía normativa superior a la posesión civil en el derecho privado y que el derecho de la comunidad había sido vulnerado acorde a los términos de la ley 26.160,

(74) CS, “Martínez Pérez, José c/Palma Américo y otros s/Interdicto de recobrar —sumarísimo— s/medida cautelar”, 2015.

demandando una protección especial por parte del Estado. Que ordenar el desalojo vació de contenido la norma indicada, provocando un supuesto de gravedad institucional.

Sostiene la Procuradora General que la cuestión controvertida consiste en determinar si el art. 75 inc. 17 de la CN y los instrumentos internacionales de derechos humanos y ley 26.160 le confieren derecho a la comunidad para repeler el desalojo cautelar de la parcela en disputa promovido por el titular registral del inmueble.

Concluye que las tierras fueron identificadas como parte del territorio de la comunidad Las Huaytekas, de acuerdo con el relevamiento técnico catastral llevado a cabo por el INAI, por lo que bajo esas condiciones el lanzamiento vulnera la ley 26.160.

A la vez destaca que esa posesión comunitaria tutelada por la CN pone en cabeza del Estado un conjunto de obligaciones vinculadas con la protección de la tierra, de los recursos naturales y de ciertos patrones culturales, por lo cual hasta tanto se concrete la delimitación y titulación deben abstenerse de realizar actos que afecten la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en las zonas geográficas donde habitan y realizan actividades los miembros de la comunidad. Cita en apoyatura de sus fundamentos el fallo de la CIDH Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua.

Sin dudas, la proyección de esta resolución abre una nueva esperanza acerca de la incorporación de principios y paradigmas anteriormente referidos, y resulta señero a la hora de resolver los casos que día a día se presentan en los tribunales de la República. Por ahora, a los fines de esta investigación, es un claro avance para la defensa de los territorios indígenas, acorde a los estándares internacionales.

6. Capítulo V: Alcance y contenido de los derechos. Los estándares de protección

6.1. Concepto, definición y objeto de los estándares

Los estándares, término utilizado mayormente en las ciencias estadísticas o de la organización, son pautas referenciales que implican un necesario proceso de medición, comparación o proporción. No es en principio propio de lo jurídico, pero debidamente contextualizado sirve para referenciar cuando queremos poner en comparación dos o más institutos.

En la teoría de Roscoe Pound ⁽⁷⁵⁾, dentro del derecho anglosajón y salvando las distancias, los preceptos jurídicos (*legal precepts*) pueden ser reglas, principios, conceptos jurídicos, y estándares. Los estándares (*standards*) son

(75) POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, Sto Paul, Minnessotta, West Publishing Co., volumen 11, 124-128

patrones de conducta jurídicamente obligatorios, de modo que si alguien se separa de ellos en su actuación se arriesga a incurrir en responsabilidad o a que aquella sea declarada jurídicamente inválida.

La introducción de estándares en materia de perspectiva sobre derechos indígenas pretende responder con qué alcance es entendido determinado derecho, cuáles son las formas que ha adoptado con el paso del tiempo y a la vez, cuáles las conductas que se pueden esperar de los Estados.

Asimismo, abona la necesidad de incorporar al manejo de las normas jurídicas, la aplicación de los principios, como así también acudir esencialmente al derecho internacional y en especial a las directrices de interpretación que brinda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de sus órganos, tanto en su función consultiva como jurisdiccional.

Atendiendo a su finalidad, su objetivo es establecer un piso, pero no un techo en relación con los derechos, su goce; y en virtud del principio de progresividad, añaden extensión sobre la base de su ejercicio. Sirven para marcar un norte, orientar a los jueces en sus decisiones, a través de un conocimiento más particularizado de la situación de estos colectivos.

En materia de territorios indígenas, los estándares van a brindar un panorama actual de la problemática en los distintos países —concretamente de Iberoamérica—, que se vincula a este campo inmediato de estudio, y de su evolución progresiva en relación con los derechos humanos de las comunidades; colaboran en la tarea de los jueces, ampliando su horizonte de análisis con la riqueza del precedente, en un ámbito que excede a la realidad local.

6.2. Los estándares fijados por el sistema interamericano para los pueblos originarios. La protección de la tierra y del territorio. Su vinculación con los recursos naturales y del medio ambiente

Como se ha venido sosteniendo, la implicancia del derecho internacional de los derechos humanos para la protección de los derechos territoriales es significativa, y ha incidido en el desarrollo tanto de su conceptualización como de su alcance; es por eso, que a nivel regional se considera de vital interés a la hora de juzgar, conocer las directrices que emergen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

El valor de estas interpretaciones no alcanza solo al Estado parte involucrado, sino que tiene efecto expansivo para toda la región y ha permitido desarrollar con mucha precisión los derechos, su contenido y alcances, y de la mano de ellos, estándares de mayor protección.

Los estándares surgen de la aplicación de los principios y las normas jurídicas de los distintos niveles a los casos concretos, y sirven de guías de interpretación y actuación a los magistrados, complementado a la labor desarro-

llada por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que surge de los fallos más relevantes en cada una de las materias, a saber:

- *Reconocimiento normativo de la propiedad y posesión comunitaria indígena*

Aunque ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran expresamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, los órganos del sistema interamericano de protección han interpretado que estos derechos se encuentran amparados por el derecho a la propiedad de los artículos XXIII de la Declaración y 21 de la Convención ⁽⁷⁶⁾.

El art. 14 del Convenio 169 de la OIT ⁽⁷⁷⁾ reconoce los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, aunque no tengan título de dominio sobre ellas.

Coincidentemente con dicha interpretación, la Declaración de la ONU hace un reconocimiento explícito al derecho de poseer, utilizar, desarrollar y controlar no solo las tierras, sino también los territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional (art. 26.1). También establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que les sean restituidas y/o compensadas cuando ellas hayan sido confiscadas sin su consentimiento (art. 28.1).

En el mismo sentido, la Declaración de la OEA también se pronuncia a favor de la propiedad y derechos de dominio de tierras y territorios, así como al reconocimiento legal de modalidades y formas de propiedad, posesión y dominio de sus tierras y territorios (art. XXIV).

Según explicó la CIDH, los principios jurídicos internacionales generales aplicables a los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales inclu-

(76) El derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales no es un mero asunto interno de los Estados. Las normas y principios de derecho internacional sobre los pueblos indígenas incluyen consideraciones de derechos humanos relacionadas con la propiedad, el uso y la ocupación por los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales. Por estas consideraciones, no es válido que los Estados argumenten que las disputas territoriales de los pueblos indígenas se refieren únicamente a controversias internas agrarias por títulos o uso de tierras: estas disputas implican aspectos de derechos humanos internacionalmente protegidos [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 124].

(77) Convenio 169 de la OIT art. 14: "Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes".

yen el reconocimiento de su derecho a la posesión de las tierras y recursos que han ocupado históricamente, así como el reconocimiento por los Estados de sus derechos permanentes e inalienables de uso ⁽⁷⁸⁾.

Por su parte y a nivel regional, la Corte IDH a través de más de una decena de fallos, consolidó la fuerza normativa de estas disposiciones al hacer una interpretación evolutiva del derecho de propiedad individual privada consagrado en la Convención Americana, caracterizándose como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva.

En forma simultánea, la CIDH ha reiterado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente. Esta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho. Para los órganos del sistema no existe una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros ⁽⁷⁹⁾.

Por otra parte, la naturaleza colectiva del derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales tiene una incidencia directa sobre el contenido de otros derechos protegidos por la Convención Americana y la Declaración Americana, dotándolos de una dimensión colectiva. Así sucede con el derecho a la personalidad jurídica, o con el derecho a la protección judicial efectiva ⁽⁸⁰⁾.

- Interpretación a partir del vínculo creado con la tierra

Los territorios ancestrales tienen un profundo valor espiritual para los pueblos indígenas y tribales. Además, se considera que ciertos lugares, fenómenos o recursos naturales son especialmente sagrados de conformidad con su tradición, y requieren especial protección por cuanto son un elemento constitutivo de su cosmovisión y su religiosidad, dado que para ellos los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con los lugares donde se encuentran los cementerios ancestrales. Los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se han desarrollado a partir de la ocupación y uso de sus territorios físicos ⁽⁸¹⁾.

(78) CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130.

(79) CIDH, "Awás Tingni", ob. cit.

(80) En Saramaka, precitada 30, párr. 179, la Corte Interamericana explicó que no son adecuados ni eficaces para reparar presuntas violaciones del derecho de propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, los recursos judiciales que sólo están disponibles para las personas individuales que reclaman violación de sus derechos individuales a la propiedad privada; es necesario que los pueblos indígenas y tribales, como entidades colectivas, puedan utilizar dicho recurso en calidad de comunidades, para afirmar el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes.

(81) CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12/10/2004, párr. 155.

Los instrumentos interamericanos de derechos humanos protegen el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Los Estados tienen la obligación de proteger dicho territorio —y la relación establecida entre dichos pueblos y sus tierras o recursos naturales—, como medio para permitir el ejercicio de su vida espiritual plena.

Es decir, que este vínculo especial con la tierra y sus recursos debe marcar toda la actuación judicial y estatal a la hora de resolver planteos acerca el derecho de propiedad comunal; porque las formas legales y las herramientas aplicadas, deberán asegurar siempre que las comunidades sobrevivan manteniendo la relación que han construido con la tierra.

Tanto la Declaración de la ONU (art. 25), como la de la OEA (art. XXIV) incluyen el fortalecimiento de la relación espiritual de los pueblos con sus tierras, territorios y recursos.

- Disfrute de derechos territoriales como condición de supervivencia

La Corte IDH ha señalado en varios casos que, si se desconocen los derechos ancestrales de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios y los recursos naturales, se pone en riesgo su derecho a la identidad cultural, el derecho a la vida, porque implica un riesgo para la supervivencia misma de su especie ⁽⁸²⁾.

Es decir, el efectivo disfrute del derecho a la propiedad comunitaria está estrechamente relacionado con uno de los aspectos del derecho a la vida como lo es el derecho a una vida digna pues, para muchas comunidades indígenas, engloba la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como al uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia, alimentos y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades ⁽⁸³⁾.

En cuanto a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, el art. 150 del Convenio 169 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; y es deber de los Estados consultarlos ante toda actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras de esos pueblos (art. 15.2).

Por su parte, la Declaración de la ONU en el tema agrega significativamente en el art. 31, bajo la denominación de componentes naturales de la tierra, una amplia gama de recursos que, obtenidos a partir de la tierra, merecen igual protección, por integrar el patrimonio cultural e intelectual de las comunidades.

(82) CIDH, "Saramaka", ob. cit., párr. 120 y 121

(83) Ibidem, párr. 168

La Declaración de la OEA, en el art. XXIV señala sobre los derechos a tierras, territorios y recursos, y a la vez el deber de los pueblos de asumir las responsabilidades para conservarlos.

- Prioridad del derecho de propiedad comunal sobre el derecho de propiedad privada

Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto nuevo y mucho más amplio relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia, con el control de su hábitat, como condición necesaria para el aseguramiento de su patrimonio cultural, y para cumplir su proyecto de vida, el buen vivir ⁽⁸⁴⁾.

Por lo tanto, desde el punto de vista de los criterios vigentes para reputar como válida la restricción a un derecho, la limitación que se haga del derecho a la propiedad privada puede ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados ⁽⁸⁵⁾.

Sin embargo, en muchos casos esta no es la solución más idónea, como tampoco su traslado, por lo cual ha de privilegiarse a través de la ponderación de derechos el fin de la propiedad.

- Respeto de los mecanismos de consulta y participación

Otro estándar trabajado por la Corte IDH vinculado al tema de la propiedad comunitaria indígena, que adquirió rango de principio, es el de la consulta previa y participación en las decisiones que los involucren.

El Convenio 169 exige en su art. 6.1 que la consulta se haga mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

Las consultas deben efectuarse de buena fe y el alcance de dicho principio supone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art. 6.2).

También dispone el deber de compensar por daños y garantizar su participación en los beneficios de dicha explotación. El mismo instrumento internacional exige en su art. 6.1 que la consulta a los pueblos indígenas y tribales se haga mediante procedimientos adecuados y, a través de sus instituciones

(84) SIMERMAN, Silvina, CAPURRO ROBLES, Facundo y ROJAS, Mishkila, "El Tratamiento Judicial de los Reclamos Indígenas: El Rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", rojasww.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/162/126

(85) CIDH, "Yakye Axa", párr. 146 a 149.

representativas, cada vez que se provean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

De allí que el Convenio subraya en todos los casos que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7.1).

La Declaración de la ONU en esta materia va más allá del Convenio, al disponer que los Estados tienen la obligación no solo de consultar sino de recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan, es decir elevó los estándares en la materia de un modo favorable.

Entre las decisiones que requieren del consentimiento se encuentran las que disponen el traslado desde sus tierras o territorios (art. 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que los afecten (art. 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

La discusión sobre el alcance del deber de los Estados de celebrar consultas con pueblos indígenas se ha centrado en las reformas legislativas y constitucionales susceptibles de afectarlos, así como en particular, en las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales que afectan sus tierras y territorios.

Este deber se fundamenta no solamente en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración, sino también en tratados de derechos humanos, como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a nivel americano, según lo ha señalado la propia Corte IDH, en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto a las situaciones en que se debe realizar esta consulta, sostiene que esta cabe “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”.

Sostiene, además, que la consulta debe realizarse no solo cuando afectan tierras reconocidas a los pueblos indígenas por el derecho interno, sino también cuando estén en juego sus intereses al no haberles sido reconocidas.

En cuanto a la naturaleza y alcance de la consulta, deben celebrarse “de buena fe (...) a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. El (art. 19) no debe considerarse como “poder de veto”, sino más bien que el consentimiento es la finalidad de dicha consulta.

Concluye afirmando que los principios establecidos en la Declaración tienen por objeto “crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indíge-

nas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio”.

La Declaración ha sido central en el análisis que la CIDH ha hecho de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Cabe destacar en este sentido la decisión adoptada en el año 2007 en el caso del “Saramaka vs. Surinam”, estableciendo estándares muy puntuales, donde concluyó, siempre al amparo del art. 21 de la Convención, que los pueblos indígenas tienen derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras ancestrales que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida.

La Corte se pronuncia además de manera expresa en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlos de manera apropiada, sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.

Al amparo del art. 21.2 de la Convención, la Corte IDH dispone que los pueblos tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia.

6.3. Relación entre los estándares. ¿Presupuesto o consecuencia?

Si bien los estándares como tales se consideran pisos o presupuestos de mínima, en la realidad ellos se constituyen en verdaderos parámetros de control de legalidad y a la vez judiciales, para corroborar si las leyes y los actos jurídicos se ajustan a ellos.

De allí que además de ser presupuestos de mínima, se erigen como verdaderas pautas guías para los intérpretes en la tarea cotidiana de juzgar; es quizás el campo más fértil que se cumple en la actualidad donde las proclamaciones legislativas poco o nada tienen que ver con la realidad.

Se reivindica de esta manera, la tarea del Poder Judicial al utilizar estos estándares como parámetros para tener en cuenta en sus resoluciones, coadyuvando en la tarea de aplicar los principios de igualdad y diversidad cultural, a través de la ponderación en los casos particulares sujetos a su decisión.

Sabido es que el derecho no es estático, como no pueden serlo las leyes, que son necesarios criterios de adecuación, acorde los casos puntuales, que merecen una interpretación prudencial para encontrar la mejor respuesta posible frente al reclamo del justiciable, lo que da lugar al derecho judicial.

De tal modo, los estándares son, a la vez que presupuestos para la interpretación, la consecuencia; porque a partir de ellos, se construye el camino

de la progresividad en favor de los derechos, recreándose un horizonte mucho más amplio que el que brindan los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, para la adecuación de esos estándares a la realidad, hace falta una mirada ética que pueda ayudar a dilucidar cuáles son las mejores soluciones en las situaciones específicas, de modo que servirán como guías y estarán en permanente progreso, dinámicamente en armonía en una sociedad pluricultural.

6.4. Hacia una ética de la convergencia

Ante el dilema que plantea la existencia de derechos reconocidos a las comunidades respecto a las tierras, por un lado; y a la vez un ordenamiento jurídico que no sostiene adecuadamente ese sistema de protección —por falencias operativas, por un lado, y a la vez por falta de asimilación del multiculturalismo como eje rector—, se impone la reflexión crítica y argumental acerca de la necesidad de la ética como principio legitimador de normas situacionales.

De tal modo que, ante cualquier conflicto de intereses, los juzgadores busquen la solución de este solo por medio de un discurso práctico, es decir un intercambio dialógico de argumentos orientado a la obtención de consensos, no solo de los participantes de ese discurso sino de todos los posibles afectados por el tipo de acciones acordadas.

La propuesta de una ética convergente parte de la base del reconocimiento de una ineludible conflictividad en el campo de las interrelaciones sociales, donde juegan dos grandes principios, el de universalización y su opuesto, el de individualización, hallándose en permanente tensión.

La universalización quedaría representada por los derechos de todos los ciudadanos de una Nación; mientras que el individualismo estaría dado en este caso, por los derechos específicos reconocidos a las comunidades indígenas en relación con sus territorios, en tanto no se ajustan estrictamente al concepto de propiedad en el sentido clásico de propiedad iusprivatista, paradigma decimonónico bajo el cual se regulan las relaciones jurídicas.

Los sistemas están compuestos por elementos interrelacionados, por lo general de manera cambiante o móvil, dinámica, ya que solo puede haber choque cuando hay movimiento. Si bien en todos los ámbitos de la vida y de la cultura, de la vida humana en general, existen fuerzas contrapuestas, solo en lo que hace a las relaciones sociales se menciona esta palabra: “conflicto”, lo que da cuenta que son los contextos sociales los que imponen esta necesaria tensión, y máxime si se trata de derechos considerados esenciales por unas comunidades frente a otras.

De allí que cabe reforzar la idea de conflicto como una de las modalidades de interrelación, y no como problema. El conflicto que se suscita en torno al derecho de las comunidades originarias a sus tierras y territorios es que el

concepto clásico de propiedad no se ajusta a su verdadera necesidad, la cual excede un ámbito de apropiación y registración semejante a la privada.

La ética convergente se apoya en esa bifuncionalidad, y reconoce que toda acción moral remite en última instancia a principios, los cuales nunca son totalmente compatibles entre sí, por lo cual es necesario un criterio acerca de la manera más racional de responder simultáneamente a sus respectivas exigencias y a las incompatibilidades entre ellas, privilegiando la indemnidad de todos los principios sobre el cumplimiento pleno u óptimo de cada uno de ellos.

Considerando que ello aplica y logra resolver prudentemente la cuestión territorial indígena, esta sería una propuesta superadora donde pueden convivir dos sistemas de protección a la propiedad, con base en funcionalidades diferenciadas, en resguardo del respeto a los principios de igualdad y diversidad cultural.

Cada uno de los cumplimientos óptimos por separado es posible, pero a la vez imposible de cumplir con los demás, por lo que el cumplimiento óptimo de un principio es un modo de incurrir en la transgresión del sistema ético integral.

De eso se trata, de ver la integralidad como el objetivo superador, sin limar las diferencias, permitiendo establecer a través de los estándares un modelo no comparativo sino más bien de integración, sobre la base de que todos los individuos, independientemente de las comunidades a las que pertenezcan tienen una suerte de ramillete de derechos que les son comunes.

Cada uno de esos derechos deben ser conjugados por los operadores jurídicos con las peculiaridades de su cultura y de los colectivos a los que pertenezcan, unos sin desmedro de los otros, apelando a los principios, y en especial al rector proindígena.

Serán estas reglas que informan la ética de la convergencia, una guía para los jueces para sacar del conflicto que se les trae a resolver, el mejor modo de hacerlo, ejerciendo la prudencia y la razonabilidad.

CONCLUSIONES

La plena vigencia de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas requiere una visión pluralista que garantice derechos colectivos como una forma de preservar la diversidad cultural del país, que no debe ser enfocada como prerrogativas a grupos específicos, sino como parte del interés general.

Por ello, se propone al pluralismo jurídico, como marco general y referencial de análisis judicial para comprender y sostener la multiculturalidad, de modo tal que permita reconocer otras o nuevas formas de regulación de derechos dentro de un mismo Estado, en el entendimiento que solo sobre ese presupuesto es válido afirmar derechos iguales para grupos diferentes, y desde ese punto hacia la búsqueda de los consensos situacionales necesarios para el ejercicio de estos.

El derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio debe ser concebido con carácter genético, como presupuesto esencial del ejercicio de otros: entre ellos, el derecho a la vida, a la salud, a la religión y culto, a la cosmovisión del pueblo indígena. No se trata de una cuestión meramente dogmática, sino que implica modificar de manera importante ciertas concepciones del derecho y ampliar la mirada sobre las instituciones de justicia y su rol en la sociedad.

Hoy no es suficiente con que los jueces conozcan el derecho, se requiere una formación superadora para juzgar con perspectiva de derechos humanos.

Para ello, se plantea incorporar la *perspectiva indígena*, promoviendo desde la argumentación judicial la aplicación de principios y estándares jurídicos, fruto de una construcción colectiva de este siglo. A tales fines, los jueces deberán:

- Basar sus decisiones en el nuevo paradigma del pluralismo jurídico como eje fundamental en sus decisiones, y en el principio pro pueblo indígena en favor de su supervivencia, dignidad y bienestar.
- Conocer y aplicar las normas jurídicas nacionales e internacionales específicas de protección de los derechos indígenas de manera indivisible, y en especial, de los derechos territoriales, ejerciendo los controles de constitucionalidad y de convencionalidad cuando así se requiera.
- Interpretar progresiva y culturalmente tales derechos, con enfoque diferenciado conforme a los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- Saber conciliar los derechos e intereses de los diferentes colectivos sociales en materia territorial, bajo una perspectiva convergente, que respete la diversidad.

- Garantizar el derecho a la consulta y participación del pueblo indígena en todos los actos procesales que los involucren y sean parte, a fin de arribar a una sentencia justa.

- Hacer cumplir a los otros Poderes del Estado las obligaciones que les correspondan, en pos de posibilitar en su grado de máxima optimización los derechos territoriales indígenas.

Existen numerosos desarrollos jurisprudenciales y académicos que han contribuido a una reformulación necesaria de los sistemas jurídicos como espacios para mejorar la regulación de conductas y la solución de conflictos en un mundo marcado por la complejidad y la diversidad, con el objetivo de incorporar los más altos estándares de derechos humanos al quehacer judicial, basados en los principios *pro persona* y de progresividad.

En este sentido, el uso de jurisprudencia comparada, a modo de *softlaw*, es fundamental para que el criterio de los operadores judiciales abarque todos los componentes estructurales de cada derecho, dado el reconocimiento de la creciente influencia del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno y el necesario diálogo entre ambos.

De allí que el obrar conjunto con otros jueces de la región con quienes comparten las mismas problemáticas, contribuye a delinear el nuevo perfil de los derechos y su contenido en su interpretación evolutiva, siendo la mejor manera de brindar respuestas, a la vez que constituyen una fuente inagotable de recursos argumentativos para analizar esta realidad.

Desde esta propuesta, el valor pedagógico de cada sentencia como acto judicial es fundamental para que el Estado permita la consolidación de la riqueza social y cultural de su sociedad, ya que la multiculturalidad exige una mirada bajo un nuevo prisma que proyecta diferentes colores más allá de lo conocido y merecen un tratamiento a la luz de los principios de igualdad y de diversidad cultural.

De este modo se estaría dando cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en el marco jurídico vigente, a la vez que mejoraría las relaciones del Poder Judicial con la ciudadanía, fortaleciendo el papel social del derecho con una visión inclusiva, con sensibilidad y tolerancia frente a la diversidad, reposicionando la dignidad y el valor social de los jueces y las instituciones de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

1.1. General

- ALEXY, R., "Teoría de los derechos fundamentales", trad. de Garzón Valdez, F., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura, "Estado, Derecho y Luchas Sociales", ILSA, Bogotá, 1991.
- DIDIER, María Marta, "Las vinculaciones entre la igualdad formal y la razonabilidad en la jurisprudencia constitucional", en la *Revista Jurídica La Ley Sup. Act.* 18/12/2001, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.
- DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984.
- FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, "La controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas: una revisión", <https://www.raco.cat/index.php/boletinamericanista/article/viewFile/98598/146195>.
- GÓMEZ, Claudio Daniel, "Constitución de la Nación Argentina - Comentada - Concordada - Anotada", Editorial Mediterránea, Córdoba, 2007.
- GELLI, María A., "Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.
- KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Eudeba, Buenos Aires, 1982.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., "Los Derechos Humanos", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- NATALE, Alberto, "Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.
- OSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1986.
- PNUD, Informe sobre Desarrollo Humanos de la ONU. En <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2009/>.

TRAVIESO, Juan A., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, JA 1996-III-1031.

VIGO, Rodolfo L., “Los principios jurídicos”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

VIGO, Rodolfo, “Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial”, Editorial Depalma, Madrid, 1992.

1.2. Específica

ALICE, B., “Los indios en la Constitución argentina de 1853 y en las reformas constitucionales posteriores”, en *Asociación Argentina de Derecho Constitucional de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Santa Fe, 2003.

ACKERMAN, Bernal, “La justicia social en el estado liberal” (en línea), disponible en <http://www.eleccionsocial.com/Ackerman%20cap%20.%209.htm>.

AGUILAR, Gonzalo - LAFOSSE, Sandra - ROJAS, Hugo - STEWARD, Rebecca, “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América latina”, en http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20_Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf.

ALTABE DE LÉRTORA, Martha, “Operatividad de las reglas de Brasilia respecto de los pueblos indígenas, en *Derecho Constitucional Indígena*”, Editorial Contexto, Resistencia, 2012.

ALTERINI, J. - CORNA P. - VÁZQUEZ, G., “Propiedad indígena”, Editorial Educa, Buenos Aires, 2005.

ANAYA, James, “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina”, en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/09/Informe-del-Relator-sobre-derechos-de-pueblos-ind%3ADgenas-misi%3AB3n-a-Argentina-2012.pdf>.

BECERRA, Nicolás, “Derecho Penal y Diversidad Cultural. La cuestión indígena”, Editorial Ciudad, Buenos Aires, Argentina.

BENEDETTI, Miguel Ángel, “Algo más que reubicar y reescribir un inciso de la Constitución”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

- BENEDETTI, Miguel Ángel, "Recolonizando la diferencia. La propiedad indígena en el proyecto de unificación de códigos de fondo de derecho privado", *Revista Argentina de teoría jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella. Edición especial anual Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.
- BENEDETTI, Miguel Ángel, "Fuerza normativa de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (Su efectiva internalización en Argentina)", en GARCÍA, Julio (coord.), *Derecho Constitucional Indígena*, Contexto, Resistencia, Chaco, 2012.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de Derecho constitucional", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III.
- BORDA, Guillermo, "La persona humana", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.
- CANET, Virginia, "La fuerza normativa de la constitución y el derecho de los pueblos indígenas" en <http://www.circulodoxa.org/documentos/circulo%20doxa%20-%20indigenas.pdf>.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica", *Boletín Mexicano de Derecho*, 2003.
- CAYUSO, Susana Graciela, "El principio de igualdad. Problemas e interrogantes. El sistema constitucional argentino", <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10014/PDF>.
- CEPEDA, M., "Rawls y Ackerman: Presupuestos de la teoría de la justicia", <http://www.lablaa.org/blaavirtual/letra-t/tesisunal/rawls/rawls.pdf>, 2004.
- CIANCIARDO, Juan, "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales", en *Persona y Derecho*, V. 14., Universidad de Navarra, España, 1999.
- CIANCIARDO, Juan, "El Conflictivismo en los derechos fundamentales", Ed. Eunsa, Navarra, 2000.
- CIANCIARDO, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, 2003.
- CIANCIARDO, Juan, "El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

- CIANCIARDO, Juan, "Para siempre, para todos. Los desafíos de la universalidad a sesenta años de 1948", en *Persona y Derecho* N.º 59, 2008.
- CIANCIARDO, Juan (dir.), "Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- CIANCIARDO, Juan, "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad", Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- CIANCIARDO, Juan, "Universalidad, multiculturalismo y derechos de los pueblos originarios. Una aproximación desde el caso argentino", *Dikaion*, Año 23 - Núm. 18, Chía, Colombia, 2009.
- CIANCIARDO, Juan, "Universalismo de derechos y asimilacionismo", Universidad Austral, en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/universalismo_d_derec_y_asimil.pdf.
- CRUZ CARRILLO, Juan Pablo, "Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos", en https://www.researchgate.net/publication/323273255_Pluralismo_juridico_Justicia_Indigena_y_Derechos_Humanos, 2017.
- FINNIS, John, "Natural Law and Natural Rights", Editorial Oxford Clarendon Press, 1980, citado por VIGO, Rodolfo, "Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- FINNIS, John, "Aquinas: Moral, Political and Legal Theory", Editorial Oxford University Press, 1998.
- Finnis, John, "Ley natural y derechos naturales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego S.
- GARCÍA, Julio C. (coord.), "Derecho Constitucional Indígena", Editorial Contexto, Resistencia, Chaco, 2012.
- GARCÍA, Julio C. (coord.), "Derecho Constitucional Indígena-Territorios", Editar Servicios Gráficos, Resistencia, Chaco, 2018.
- GARGARELLA, Roberto "Algo más que reubicar y reescribir un inciso de la Constitución en Roberto Gargarella (coord.) La Constitución en 2020: 48 Propuestas para una sociedad igualitaria", Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (coord.), "Constitución y derechos indígenas", UNAM, México, 2002.
- GRONDONA, Mariano F, "La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

- HIGHTON, Elena, "El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro. 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- KYMLICKA, Will, "Ciudadanía Multicultural", Editorial Paidós, Barcelona, 1996.
- KYMLICKA, Will, "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal en Isegoría N. °14", *Revista de Filosofía Moral y Política*, Instituto de Filosofía, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Universidad de Navarra, España.
- KYMLICKA, Will, "El nuevo debate sobre los derechos de las minorías", en REQUEJO, Ferrán, *Democracia y Pluralismo Nacional*, Editorial Ariel, Barcelona, 2002.
- LEZCANO, Juan M., "Vinculación del principio de igualdad y el multiculturalismo: el caso de los pueblos originarios", *Diario La Ley Suplemento de Actualidad*, 2012.
- LEZCANO, Juan M., "La propiedad comunitaria indígena en la próxima reforma del Código Civil", *Sup. Act.* 01/12/2011, 2.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., "Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista", *Revista Persona y Derecho*. E. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, N.º 48, 2003.
- POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, Sto Paul, Minnessotta, West. Publishing Co., volumen 11,5 en: https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12917/1/PD_36_03.pdf
- RAMÍREZ, Silvina, "Diversidad cultural y pluralismo jurídico. Administración de justicia indígena", en <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/ramirez.htm>.
- RAMÍREZ, Silvina, "El acceso a la justicia en dos minutos", en <https://www.youtube.com/watch?v=PvvjNOGo1aQ>.
- RAMÍREZ, Silvina, "Comentarios sobre la regulación de la Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 13, 2012
- Ramírez, Silvina, "Matriz constitucional, Estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- REQUEJO, Ferrán, "Democracia y Pluralismo Nacional", Ariel, Barcelona, 2002.
- ROSATTI, Horacio D., "Status constitucional de los pueblos indígenas", en *La reforma de la Constitución*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

- SARTORI, Giovanni, “La sociedad multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y extranjeros”, Editorial Taurus, Madrid, 2001.
- SEGOVIA, Gonzalo - SEGOVIA, Juan Fernando, “La protección de los indígenas en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Derecho Constitucional en la reforma de 1994”, Editorial Depalma, 1995, t. I.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Derecho Internacional y derechos indígenas en Esteban Krots Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, Editorial Anthropos, Barcelona, 2002
- SORIANO DÍAZ, R., “Derecho Humanos y derechos de las culturas, en Fundamento y nuevos retos de los derechos humanos en un mundo en cambio”, Universidad Internacional de Andalucía, publicación electrónica, 2004.
- TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor, “Pueblos indígenas, Estado y Democracia”, CLACSO, Buenos Aires, 2005.
- TOURAINÉ, Alain, “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, octubre 1995.
- VÁZQUEZ, Gabriela., “Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial”, LA LEY 2012-D, 948.
- YRIGROYEN FAJARDO, Raquel, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>.

2. Jurisprudencia

- Corte IDH, Sentencia Caso Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf, de fecha 15/07/2019.
- Corte IDH, Sentencia Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, 15 de junio de 2005, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf, de fecha 04/07/2019.
- Corte IDH, Sentencia Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf, de fecha 11/07/2019.
- Corte IDH, Sentencia Caso López Álvarez Vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, de fecha 11/07/2019.
- Corte IDH, Sentencia Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 6 de febrero de 2006, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf, de fecha 11/07/2019.
- Corte IDH, Sentencia Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, en

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf, de fecha 11/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf, de fecha 23/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 12 de agosto de 2008, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf, de fecha 23/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de mayo de 2010, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf, de fecha 23/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2010, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf, de fecha 15/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Fernández Ortega y otros vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf, de fecha 15/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 27 de junio de 2012, en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf, de fecha 15/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia, 20 de noviembre de 2013, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf, de fecha 20/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, 14 de octubre de 2014, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf, de fecha 20/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, 8 de octubre de 2015, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf, de fecha 20/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, 25 de noviembre de 2015, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf, de fecha 16/07/2019.

Corte IDH, Sentencia Caso Pueblo Indígena Xucurú y sus miembros vs. Brasil, 2018, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf, de fecha 16/07/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia Caso Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo (2014), en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=715723&cache=1506972508779>, de fecha 16/07/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia Caso Martínez Pérez, José c/ Palma Américo y otros s/ Interdicto de recobrar- sumarísimo- s/ medida cautelar (2015), en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7262352>, de fecha 16/07/2019.

3. Declaraciones, informes, opiniones consultivas y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser. /L/VII.110, Doc. 52, 09/03/2001.

Corte IDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12/10/2004.

Corte IDH, OC-22/16 TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf de fecha 20/07/2019

Corte IDH, OC-23/17 MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf de fecha 20/07/2019

Corte IDH, OC-24/17 IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf de fecha 20/07/2019

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295, en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

Declaración Universal de Derechos humanos, Naciones Unidas, en <http://www.saij.gov.ar/internacional-declaracion-universal-derechos-humanos-Int0004454-1948-12-10/123456789-0abc-defg-g45-44000tcanyel>, 1948.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), en <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295, en https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=189&lID=2>.

4. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.

CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

5. Legislación

Argentina. Ley 23.313, Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Argentina. Ley 23.054, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Argentina. Ley 24.071, Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Argentina. Ley 26.994.

Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

6. Artículos de interés consultados

“Prorrogan la Ley 26.160 hasta 2021”, Ministerio de Justicia y DD.HH., 2017, en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/prorrogan-la-ley-26160-hasta-2021>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuaci%C3%B3n-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-involucren-personas-comunidades-y>.

SIMERMAN, Silvina - CAPURRO ROBLES, Facundo - ROJAS, Mishkila, “El tratamiento judicial de los reclamos indígenas: el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en rojasww.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/162/126.

