

BOURNISSENT - REALES

24/4/17 (Daguerre)

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN

DIRECCIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA

Material formativo sobre los derechos de los Pueblos indígenas

Elaborado por María José Bournissent
Coordinadora del Centro de Acceso a Justicia Sede Santa Fe

1.- Introducción:

El objetivo de este material es abordar el aprendizaje de conocimientos básicos respecto a los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas y sus comunidades, con el fin de poner a disposición algunas herramientas para su aplicación en la práctica por los operadores que integran los equipos de trabajo en los diversos Centros de Acceso a Justicia del país (CAJ).

Los derechos colectivos indígenas de libre determinación, desarrollo, participación, consulta y consentimiento previo, posesión y propiedad comunitaria hacen parte de un corpus enmarcado en nuevos principios de relación entre los estados y los pueblos indígenas, los cuales fraccionan la tradición tutelar y paternalista. Este nuevo corpus de derechos indígenas ha quedado conformado a partir de la ratificación del Convenio 169 de la (OIT) Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en 1989 y los cambios constitucionales desencadenados a partir de la última década del S. XX en Latinoamérica, y precisamente en Argentina con la reforma Constitucional de 1994 y la incorporación en el artículo 75 - inciso 17 de los derechos indígenas. Este corpus normativo se ha enriquecido y desarrollado aún más con la jurisprudencia de la (CIDH) Corte Interamericana de Derechos Humanos; la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en setiembre 2007 y la reciente Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de junio de 2016.

A la par existe una gran brecha de implementación de los derechos indígenas, que profundiza las situaciones de vulnerabilidad históricas de los Pueblos Indígenas. Conocer cuáles son estos derechos y los mecanismos de exigibilidad por parte de los operadores del sistema de justicia, es un paso hacia el efectivo acceso a la justicia y la construcción de una ciudadanía plena.

2.- Terminología

Pueblos indígenas

La cuestión terminológica genera algunos reparos en relación a cómo nombramos en forma adecuada a los Pueblos, "Originarios"; "Indígenas". Sin embargo las discusiones no aportan en un sentido fundamental a cómo nos relacionamos con el otro; si bien es preferible identificar el Pueblo en particular, mapuche, wichi, toba, mocoví, diaguita, pilagá, mbya-guaraní, por nombrar solo algunos, es indistinto utilizar ambos términos, "pueblos indígenas" utilizado más en el plano internacional y "pueblos originarios" preferido en la legislación nacional argentina.

Por pueblos indígenas se entiende que son grupos humanos con identidad propia (cultura, idioma, espiritualidad, cosmovisión propia), que conforman un sujeto de derecho colectivo, en el sentido de que sus miembros pueden ejercer sus derechos en tanto se identifiquen o integren la colectividad.

Aún en el ejercicio individual por parte de los miembros de un pueblo indígena se protege la identidad, práctica e instituciones del pueblo. El disfrute de los bienes culturales por cada miembro no se realiza sino como parte de la colectividad y la agresión a un miembro significa la agresión a todo el Pueblo.

El Convenio 169 de la OIT sostiene que:

" los pueblos son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas."

Interculturalidad

El término interculturalidad tiene varias connotaciones, y es utilizado con diferentes sentidos, algunos de los cuales es necesario conocer. Es asociado a políticas educativas, donde prevalece la idea de integración hacia la construcción de la identidad nacional; como proyecto político, sinónimo de diálogo entre culturas, hace referencia a una fuerza que cuestiona la globalización y presenta a la interculturalidad como proyecto descolonizador que potencia las culturas locales; y como práctica social colectiva que sostiene vínculos de complementariedad y reciprocidad entre hombres, naturaleza y cosmos. Estos dos últimos conceptos son los utilizados en el paradigma de la interculturalidad surgido en Latinoamérica en los años 70 y que se diferencia de la "multiculturalidad" como concepto vinculado a las teorías filosóficas y políticas liberales, que reconocen derechos diferenciales a determinados grupos culturales, dejándolos encerrados sin posibilitar el diálogo intercultural y el intercambio de conocimientos entre culturas.

La interculturalidad debe ser entendida como puente o vínculo entre las culturas, presupone deconstruir los procesos que impiden un verdadero diálogo, un sanamiento de la cultura dañada para posicionarse en pie de igualdad. El diálogo debe ser un proceso recíproco en el que cada lado se nutra del otro, es un diálogo en el que a veces el occidental tendrá que aceptar "no saber", un espacio "paritario" de complementariedad, donde las diferencias puedan ser dinámicas y producir alternativas no colonizadoras.

Derechos colectivos

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

El pensamiento bidimensional público/privado en el campo jurídico no daba cuenta de los principios de solidaridad, cohesión, complementariedad en los que se fundan las relaciones que caracterizan al hombre no como centro de la naturaleza sino como un componente de ella.

En este camino hacia el acogimiento de los derechos colectivos como categoría de derechos, diferente a las clásicas público/privado; así como otras reivindicaciones es importante resaltar el rol de agentes impulsores que han tenido los movimientos sociales, a través de alianzas estratégicas que supieron hábilmente forjar las ONGs ambientalistas con los pueblos indígenas y sus organizaciones, con el objeto de batallar en las luchas ambientales y con el fin de dislocar las clásicas relaciones de poder que justifican la cosificación de la naturaleza para su inmediata transformación en recursos naturales y concomitante apropiación.

3. Instrumentos internacionales de protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

a) El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo(OIT).¹

¹ Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
Para acceder al texto completo acceder al siguiente link:

Es un instrumento que viene a reforzar el corpus normativo especial de los derechos indígenas, aportando a con herramientas para la interpretación de los derechos, su exigibilidad y aplicación práctica.

4. Instrumentos nacionales de protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

a) Constitución Nacional.

En el transcurso del siglo xx se produjo en Latinoamérica un movimiento constitucional que provocó a finales de la década del 80 y comienzos de los 90, la reforma de la mayoría de las constituciones de los Estados latinoamericanos, con la consiguiente incorporación de los derechos indígenas.

En el caso argentino (Ref. del 94), los derechos indígenas se introducen en el artículo 75 - inciso 17, a partir de un texto que comienza por reconocer la preexistencia étnica y cultural; En materia indígena podemos citar textualmente, el artículo en la Constitución Nacional Argentina que es el Artículo 75 inc 17 y que dice:

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

Es oportuno recordar que existe consenso en la doctrina sobre el carácter operativo y no meramente programático de la norma constitucional, y así lo han expresado entre otros, Bidart Campos, Jorge Alterini, Raúl Zaffaroni, Ricardo Altabe, Elena Iligton; consenso que se mantiene en la jurisprudencia, que se ha venido expidiendo en tal sentido a partir de la reforma, no más mencionar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Lhaka Honhat c/ Prov. de Salta" y "Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T'Oi v. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" y recientemente "Comonidad Eben Ezer c/ Provincia de Salta" precedentes en los cuales se habla expresamente de los derechos reconocidos en el art 75 inc. 17 sin salvedad alguna a la necesidad de que se reglamenten para su vigencia. Asimismo cada vez son más los Tribunales Superiores de las provincias que reconocen la operatividad de los derechos indígenas

Comprender de esta manera el artículo 75 inciso 17, permite otorgar al mismo la importancia estratégica para avanzar en la ampliación de derechos y la garantía de los mismos para las comunidades indígenas de nuestro país.

La autora expresa además, que:

"se encuentra precisado en su alcance y sentido por el inciso 22 del mismo artículo, en tanto este último integra el sistema de derechos actualmente vigente o el llamado bloque de constitucionalidad". Y finalmente, respecto a los tratados de derechos humanos, expresa que "no solo deben ser aplicados en condiciones de su vigencia (...) sino, que la jerarquía debe ser comprendida con el alcance interpretativo atribuido a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional y por los órganos encargados de controlar su cumplimiento".⁴

b) Ley Nacional 23.302

El 30 de septiembre de 1985, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 23.302. Por medio de la misma, se crea el (INAI) Instituto Nacional de Asuntos Indígenas para la protección y apoyo a las comunidades aborígenes; organismo de aplicación de la presente ley, debe velar por su cumplimiento y la consecución de los objetivos.

⁴ Dossier "Propiedad Comunitaria Indígena. / Fernando Kosovsky - Sonia Lillana Ivanoff. 1er. Edición. Comodoro Rivadavia. Editorial Universitaria de la Patagonia, EDUPA. Año 2015. Pag. 123 y 124.

Es el instrumento jurídico internacional de carácter vinculante más completo en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales hasta la fecha. Su adopción constituye un hecho trascendental en la normativa internacional pertinente.

En el proceso de revisión del Convenio (1987-1989) también fueron consultados y participaron un gran número de pueblos indígenas y tribales. Fue aprobado en el año 1989 y fue ratificado por la República Argentina en el año 1992, aunque recién entró en vigencia en nuestro país a partir del 3 de julio de 2001.

Entre otras cuestiones, el convenio establece que los países miembros (es decir aquellos que lo han ratificado) deben:

- Promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, sus tradiciones y sus instituciones.
- Garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión de aquellas tierras que ocupan tradicionalmente.
- Promover la participación efectiva de los pueblos indígenas en la formulación de políticas que los afectan.

Relacionado a los aportes conceptuales que marcan una diferencia incorpora la categoría jurídica de los derechos colectivos (denominados de tercera generación); la denominación de pueblos para referirse a las etnias y el concepto de territorio para referirse a la tierra y recursos naturales.

b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.²

Este documento fue preparado y debatido oficialmente, durante más de veinte años hasta su aprobación el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la ONU. Este instrumento internacional tiene importancia, porque garantiza derechos individuales y derechos colectivos respecto a los pueblos indígenas de todo el mundo. Entre estos, podemos mencionar: Los derechos culturales, educación, salud, empleo y respeto a su idioma e identidad indígena. Además, les garantiza determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Finalmente, reconoce el derecho de los mismos a conservar y reforzar sus propias instituciones y estimula explícitamente las relaciones de cooperación entre los Estados y los Pueblos Indígenas.

c) La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos.³

Después de 17 años de discusión, el 15 de junio de 2016, la Asamblea General de la OEA aprobó este instrumento fundamental para los pueblos indígenas en Santo Domingo. Entre los derechos enunciados, se reconoce el derecho a la organización colectiva, el carácter pluricultural, multilingüe de los pueblos originarios y la auto-identificación de las personas que se consideran indígenas, la personalidad jurídica, respetando las formas de organización. Expresamente reconoce el derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, a permanecer en dicha condición y vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normcs/documents/publication/wcms_100910.pdf

² Información extraída de la web site oficial:

http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf

Para acceder al texto completo de la Declaración, remitirse al siguiente link:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

³ Información extraída de la web site oficial:

http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16

Se destacan dentro de sus objetivos en el artículo 1, el interés nacional respecto a:

"la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades."

Además, se expresa como política de estado

"la implementación de planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes."

Aspectos para destacar de la Ley 23.302:

Con la finalidad de facilitar a la adjudicación de las tierras, crea el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI). Se dispone que la adjudicación de propiedad de "tierras aptas y suficientes para la explotación" se realizará según "las modalidades propias de cada comunidad". La ley otorga prioridad a las comunidades "que carezcan de tierras o las tengan insuficientes y prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares". Se establece que las respectivas adjudicaciones se realizarán a título gratuito.

Respecto a los planes de Educación, en el artículo 14 dispone que los mismos deberán "resguardar y revalorizar la identidad histórico-cultural de cada comunidad aborígen, asegurando al mismo tiempo su integración igualitaria en la sociedad nacional." Promueve la "formación y capacitación de docentes primarios bilingües, con especial énfasis en los aspectos antropológicos, lingüísticos y didácticos, como asimismo la preparación de textos y otros materiales, a través de la creación de centros y/o cursos especiales de nivel superior, destinados a estas actividades."

En relación a Salud, la ley establece que se deberá "coordinar con los gobiernos de provincia la realización de planes intensivos de salud para las comunidades indígenas, para la prevención y recuperación de la salud física y psíquica de sus miembros, creando unidades sanitarias móviles para la atención de las comunidades dispersas". Un aspecto interesante y fundamental para las comunidades, es que el estado se compromete a promover "la formación de personal especializado para el cumplimiento de la acción sanitaria en las zonas de radicación" de las mismas.

c) Ley 26.160 sobre la Declaración de la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas.

La ley nacional N°26.160, sancionada en el año 2006, estableció la Emergencia Territorial por cuatro años en todo el territorio argentino, suspendiendo la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que impliquen actos de desalojo o desocupación de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas.

Asimismo ordenó el relevamiento y demarcación de las tierras y territorios de todas las comunidades indígenas de la Argentina. Según el Informe del INAI de agosto de 2013,⁵ el objetivo primordial de la misma, fue progresivamente reconocer la propiedad indígena en nuestro país. Posteriormente, la norma se reglamenta mediante decreto 1122/2007 y la Resolución INAI N°587/2007.

En todas las etapas del proyecto, según el Informe del INAI⁶, se contó con la consulta y participación indígena, a través del Consejo de Participación Indígena (CPI). Órgano creado mediante la Resolución INAI N° 152 del año 2004.

Se pueden identificar instancias específicas dentro de la ley, a saber:

⁵ INFORME DE LA EJECUCIÓN DE LAS LEYES N° 26160 y 26554 - Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas en Argentina. INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS. Período 2006-2013. Agosto de 2013.

⁶ INFORME DE LA EJECUCIÓN DE LAS LEYES N° 26160 y 26554 - Relevamiento Territorial de las Comunidades Indígenas en Argentina. INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS. Período 2006-2013. Agosto de 2013.

a. Identificación de comunidades a relevar.

b. Conformación de los equipos técnicos en cada provincia. Siendo importantes estas últimas, ya que el trabajo se realizó en concurrencia con el gobierno nacional.

c. Participación y consulta para el aval comunitario en la demarcación en cada comunidad.

En el contexto de este proceso, se sancionaron leyes que se encontraban relacionadas con la temática de los territorios indígenas. En particular, se sancionó la ley N° 26.554 de Prórroga a la Ley N° 26.160, extendiendo su vigencia hasta el 23 de Noviembre de 2013 y posteriormente la Ley N° 26.737 del año 2011 que sancionó el Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de Tierras Rurales.

Actualmente, se encuentra en vigencia hasta noviembre de 2017, una nueva prórroga de las leyes N° 26.160 y N° 26.554, mediante la sanción de la Ley N° 26.894.

5.- Principales derechos protegidos

a) D° a la identidad y d° a la igualdad

El derecho a la identidad de los pueblos indígenas se encuentra plasmado en el texto constitucional argentino y en los instrumentos internacionales; adoptándose un criterio político que se manifiesta por la autoidentificación, vinculado a la libre determinación. En este punto se plantea el interrogante de quien determina quién es indígena y bajo que parámetros, o si es posible pensar definiciones, conceptos o fórmulas que permitan decir quién es indígena y quién no. La respuesta es en sentido negativo; tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de la ONU se reconoce que es el propio indígena quien tiene el poder de autoidentificarse. Si el Estado, como autoridad externa definiera quien es indígena, estaría negando la autonomía reconocida, ya que el primer ejercicio de esta es la propia capacidad de determinar quienes pertenecen al grupo y quiénes no. Por supuesto que la autoidentificación se debe realizar en un contexto de libre información, sin discriminación, de lo contrario el indígena a consecuencia de la discriminación no se identificaría.

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 1° Artículo 1, inciso 2 expresa:

"La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio"

Relacionado a este derecho, se estructura el derecho a la igualdad integrado con el derecho a la diferencia. Cuando hablamos de los pueblos indígenas, el principio de igualdad se construye a partir de la diferencia en términos culturales, enunciándose como "derecho a la igualdad cuando la diferencia atenta contra la dignidad humana y derecho a la diferencia cuando la igualdad descaracteriza a la persona. Enunciar el principio en el contexto del mundo indígena limitándolo o simplificándolo como "derecho a la igualdad" sin completar su enunciado con el derecho a la diferencia, es directamente desconocer los derechos indígenas y enrolarse en una postura hegemónica, superada hoy en el discurso político, filosófico y jurídico.

b) D° a la libre determinación y a la autonomía.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce como una cuestión prioritaria el derecho de libre determinación, que comprende el control del proceso de toma de decisiones y de autogobierno. En este sentido dispone en el artículo 4:

"los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas"

Tanto los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos como los de Naciones Unidas han realizado una profusa tarea en tal sentido a través de sus informes y sentencias. El derecho a la libre determinación se expresa en el

reconocimiento a la autonomía de los pueblos indígenas y el derecho a conservar sus propias instituciones jurídicas, sociales y culturales

Por esta razón, las pautas culturales propias de cada grupo son el criterio rector, de consideración obligatoria, a la hora de interpretar tanto los derechos generales como los derechos específicos de los pueblos indígenas. Así, el análisis y la interpretación en un caso concreto deben efectuarse teniendo siempre y principalmente en cuenta las costumbres, el derecho consuetudinario, las formas de organización, de representación, de toma de decisiones y de vida de los grupos indígenas. Ésta es la única manera de garantizar su subsistencia como pueblo y la preservación de su cultura.

La Argentina, como estado firmante del Convenio 169 de la OIT y votante de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, ha asumido la obligación jurídica de establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas; claramente propuesto en el contenido del artículo 6 inc c) del Convenio que nos refiere:

"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: ...c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin."

Asimismo el Convenio en su artículo 8 hace referencia al reconocimiento de la autonomía, como uno de los derechos colectivos de carácter político. En este sentido las comunidades indígenas son sujetos colectivos de derecho y en virtud de ello tienen derecho a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, así como darse sus normas, costumbres, proyectos de vida y a adoptar las decisiones internas y locales que estimen necesarias para la consecución de esos fines.

c) D° a la tierra, al territorio y a recursos naturales

El término "tierra" se debe utilizar como comprensivo del concepto de territorio, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos o comunidades indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

El derecho a la tierra que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas y sus comunidades, se basa fundamentalmente en la vida desarrollan en ellas desde tiempos inmemoriales. Allí cazan, pescan, recolectan frutos; allí viven, forman sus familias y su vida comunitaria. Si se los despoja de los espacios en donde despliegan toda su actividad social y cultural, se afecta su supervivencia física -su vida y su salud- y sobre todo, su "identidad cultural". El territorio es indispensable para la subsistencia e integridad de un Pueblo o Comunidad Indígena.

El territorio abarca no solo el lugar que los miembros de la comunidad utilizan para el asentamiento de sus casas, sino que se trata de un espacio más amplio al que también lo integran:

- Los sitios sagrados.
- Los lugares que se usan para la producción y cría de animales.
- Los sembradíos.
- El subsuelo y el espacio aéreo.
- Los recursos naturales que utiliza la comunidad (agua, tierra, plantas, minerales, etc.).
- Los cementerios.
- Los sitios de pastoreo.

Y todo aquello que la comunidad haya incorporado como parte de su vida, cultura e integridad; es el espacio fuente de la vida.

Se distinguen cuatro categorías diferentes de tierras:

1. tierras y territorios de posesión tradicional
2. tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso que las perdieron involuntariamente transmitidas a terceros de mala fe
3. tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso que las perdieron involuntariamente y fueron transmitidas a terceros propietarios legítimos
4. Otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano que el Estado haga entrega

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

Con respecto a los recursos naturales del territorio, el Convenio 169 expresa:

"Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos.

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados (...) a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos..."

Estos derechos se integran con el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los Recursos Naturales, que son parte del territorio.

La Propiedad Comunitaria Indígena

Uno de los debates actuales instalados en el campo del derecho es el de la (PCI) Propiedad Comunitaria Indígena. Pensar en la PCI nos posiciona en el complejo debate de las categorías, los conceptos y la naturaleza jurídica de las instituciones del derecho. En este sentido, apenas una mirada a los conceptos que se reúnen en torno a la PCI y surge que tierra no es lo mismo que territorio y éste no es una cosa objeto sobre la cual el titular ejerce su poder hacia la satisfacción de sus intereses. Tierra y territorio parten de una relación material y espiritual que contiene a los pueblos indígenas y que se define en términos de "cosmovisión", el sujeto se entiende desde su colectividad basada en valores étnicos y culturales, que no es lo mismo que una suma o multiplicidad de sujetos.

El punto de partida central en el derecho argentino nos lleva a la Constitución Nacional, como el eslabón vértice del sistema de validez normativo, compartido con los tratados internacionales incorporados al bloque constitucional y el instrumento vinculante más importante en materia de reconocimiento de derechos indígenas, el Convenio 169 de la OIT.

Es pertinente mencionar el enfoque integrador esbozado por la Abog. María Micaela Gomiz respecto a la Propiedad Comunitaria Indígena, ya que nos permite otorgarle una trascendencia particular, la autora expresa:

"la constitucionalización del derecho de propiedad comunitaria indígena de las tierras y territorios de estos pueblos, está basada en un reconocimiento estatal de al menos dos circunstancias: la preexistencia de estos pueblos al estado argentino y la reparación histórica por el proceso de colonización con despojo territorial sufrido durante siglos."

En el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012; se regulaba a la PCI en el libro IV de los derechos reales, como uno nuevo. Interpretaba la relación de los

Pueblos con sus territorios y la naturaleza desde una visión materialista y economicista, utilizando la categoría de derechos que expresa la relación de máximo señorío del hombre sobre la cosa aprovechable, ilustrado más que elocuentemente con la expresión lingüística "el hombre posee a la tierra", mientras que es sabido que en la cosmovisión indígena se da una relación opuesta, pues en todo caso "la tierra posee al hombre". La regulación proyectada hacia retroceder enormemente los avances que se habían logrado en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH - a través de sus precedentes jurisprudenciales, basta nombrar algunos de ellos, *Awatitzi vs. Nicaragua* (2.001); *Yaxye Axa vs. Paraguay* (2.005); *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2.006); *Sarayaku vs. Ecuador* (2.012). Precedentes que han sido innovativos en la materia, basta citar algunos pasajes a modo ilustrativo:

"para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" (*Awatitzi vs. Nicaragua*, 2.001); y "la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad, y por ende, de su identidad cultural... los estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control del hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida..." (*Yaxye Axa*, 2.005)

Dichos precedentes dieron lugar a los estándares mínimos internacionales obligatorios para los Estados partes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos - conforme Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

El proyecto de Código Civil y Comercial fue sometido a audiencias públicas a lo largo y ancho del territorio argentino, donde surgieron diversas posiciones encontradas entre si debía regularse la PCI en el código o fuera de él; finalmente triunfó la que consideró que regular a la PCI tal cual lo hacía el proyecto era un gran retroceso tachado de inconstitucionalidad.

La situación actual es que el Código Civil y Comercial vigente menciona a la posesión y propiedad comunitaria indígena en el art. 18 remitiendo a la Constitución Nacional y a lo que una ley especial deberá legislarse. El debate se renueva y está la necesidad de iniciar un proceso de construcción colectiva y participativa de una Ley de PCI. El reconocimiento de la diversidad cultural, implica a la postre el reconocimiento de la justidiversidad y demanda el esfuerzo conjunto de comprender desde la lógica de otra cultura. Así la nueva regulación de la Propiedad Indígena, va a ser posible a partir de percibir lo diferente, y en tanto redefinamos desde la sabiduría y conocimientos propios de los Pueblos Indígenas, nuevos bienes jurídicos y nuevos sujetos de derecho.

d) Dº a la participación y consulta

Cuando hay cuestiones legislativas o administrativas que afectan directamente a los pueblos indígenas, existe el deber de los estados de realizar consultas a los mismos mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. Además, existe la obligación estatal de establecer medios que garanticen la libre participación de las comunidades respecto a las decisiones en Instituciones electivas y organismos administrativos cuyas políticas los afecten. Por otro lado, es fundamental establecer los medios para el desarrollo de sus propias instituciones representativas y proporcionar los recursos necesarios para el logro de los mismas.

En el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, además de estos deberes que tienen que cumplimentar los estados, se establece que:

"las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

Es decir que, garantizar de buena fe la consulta respecto a medidas de gobierno susceptibles de afectación, garantizar medios adecuados de participación en las políticas públicas y el fomento y apoyo de sus instituciones, son pilares indispensables a cumplimentar estatalmente.

e) Dº a la administración de justicia.

Cuando se administra justicia, los pueblos indígenas pueden ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y deben asumir las obligaciones correspondientes. Pero al momento de aplicarse legislación nacional sobre aquellos, es necesario tener en consideración sus costumbres y su derecho consuetudinario en tanto no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es indispensable que se establezcan procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Y finalmente, se debe respetar el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias.

En materia penal, debemos mencionar que el artículo 10 del convenio 169 de la OIT establece un principio importante. En el caso de que se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y se deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

f) Dº a un adecuado acceso a la justicia.

Respecto a la accesibilidad, los encargados de administrar justicia, deben garantizar a los miembros de los pueblos indígenas procedimientos legales con medios eficaces para comprender y hacerse comprender ante las autoridades. Siendo indispensable la herramienta de intérpretes y traductores, estas obligaciones se encuentran expresadas en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

g) Dº a la salud y cosmovisión indígena.

Respecto a las políticas de salud, el Convenio 169 de la OIT en sus artículos 24 y 25, le exige a los estados garantizar un sistema de seguridad social progresivo acorde al interés de los pueblos indígenas y no discriminatorio. Además, los servicios de salud deben ser adecuados y que sus prestaciones sean brindadas en lo posible bajo la propia responsabilidad y control de los pueblos indígenas, con el mejor goce físico y mental. La normativa internacional le exige a los estados, que los servicios de salud deben planificarse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados, en base a sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, en lo posible comunitariamente; y teniendo en cuenta sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

h) Dº a la educación bilingüe intercultural (EIB).

El convenio 169 de la OIT, regula entre los artículos 26 a 31 de su normativa, aspectos referidos a la educación bilingüe de los pueblos indígenas y de necesario cumplimiento por parte de los estados. En primer lugar, se establece como presupuesto mínimo que los estados garanticen la educación en todos los niveles y en pie de igualdad para los pueblos indígenas en relación al resto de los nacionales. Además, se establece la responsabilidad de que los programas educativos se desarrollen y se apliquen en cooperación con los pueblos interesados, con el objetivo de transferir progresivamente la responsabilidad de la realización de esos programas por parte de las comunidades. Esto último, teniendo en cuenta la incorporación indispensable de sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

Respecto a esta materia, no podemos dejar de mencionar el reconocimiento de dicho instrumento, al desarrollo de instituciones educativas propias de los pueblos indígenas, siempre que garanticen los estándares mínimos educativos que plantea la autoridad competente dentro de cada estado en consulta con dichos pueblos.

Aspecto a destacar, es la preservación en los sistemas educativos de las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas, como también la posibilidad de dominar las lenguas nacionales oficiales.

Por último, se exige la realización de traducciones escritas y que se utilicen los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos ante una necesidad concreta, como así también que se apliquen medidas de carácter educativo para eliminar los prejuicios respecto a los diferentes pueblos dentro de un estado.

6.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resulta necesario resaltar la importancia del Rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus fallos y doctrina que marcan una tendencia hacia el respeto y reconocimiento de los derechos colectivos, de suma importancia a la hora de interpretar su sentido y alcance. Letra que da contenido a los documentos que establecen los estándares mínimos internacionales en materia por ejemplo de derechos territoriales, participación y consulta; estándares que deben observar los Estados que han suscripto y ratificado el Convenio 169 de la OIT.

A continuación se referencia un listado de los casos y sus principales ejes temáticos de tratamiento.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua del año 2001

Reconocimiento normativo de la posesión y propiedad indígena en el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración sobre la existencia de derechos colectivos

Interpretación del concepto de tierra/territorio a partir del vínculo sagrado creado con el territorio

Caso Yakye Axa c. Paraguay / año 2005

Desarrollo del concepto territorial, remarcando la vinculación entre el derecho a la tierra y el derecho a la vida.

Principio de prioridad del derecho a la propiedad comunal sobre el derecho de propiedad privada

Caso Moiwana vs. Surinam / año 2005

Derecho territorial se vincula a la posesión tradicional, y no a la posesión actual.

Territorios perdidos por procesos de despojos violentos.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname / año 2007

Características del derecho a la consulta y participación

Derecho a indemnización como grupo, sentando precedente de indemnización a dependientes colectivos en lugar de dependientes individuales.

Caso de la Comunidad Sawhoyamaya c. Paraguay / año 2006

El derecho de igualdad ante la ley, interpretado con el principio de no discriminación, obliga a tener en cuenta las pautas culturales indígenas

La personería jurídica sirve para hacer operativos derechos de las comunidades, no determina la existencia de la comunidad

Obligación de instituir procedimientos adecuados y efectivos con trámites simples y accesibles

La posesión y propiedad comunitaria de las tierras indígenas no se corresponde con la concepción clásica de propiedad

El derecho de reivindicación territorial no depende de la existencia de posesión

La circunstancia de que las tierras reclamadas se encuentren inscritas como tierras de terceros particulares no constituye argumento suficiente para rechazar una solicitud de recuperación de tierras ancestrales

El Caso de la Comunidad Xákmok Kásek c. Paraguay / año 2010

La identificación de una comunidad, su nombre y pertenencia étnica es un asunto que depende de la propia comunidad

Las comunidades indígenas tienen derecho a recuperar sus tierras cuando se encuentran en manos de terceros

Las tierras que se entregan a una comunidad indígena deben ser "Idóneas"

El concepto de territorio está ligado al de identidad cultural de los pueblos indígenas y la integridad de sus miembros

Criterios en materia de mecanismos legales de protección de derechos

El caso de los Pueblos de Xingu contra la construcción de Belo Monte / año 2011

Medida cautelar de la CIDH a favor de los Pueblos amazónicos de la Cuenca del Río Xingú, cuya supervivencia se ve en peligro por la construcción de la Represa Hidroeléctrica Belo Monte, sobre tierras donde habitan pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

El Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku c. Ecuador / año 2012

El Estado debe proteger la propiedad comunitaria, el territorio indígena y los recursos naturales para asegurar la supervivencia de los pueblos

El derecho a la consulta y participación está basado en el derecho a la propia cultura, es un principio general de derecho internacional e implica la adopción de medidas positivas para el Estado

El Estado incumple en su obligación de protección efectiva si no actúa con la debida diligencia para impulsar investigaciones vinculadas con amenazas y hostigamientos

7.- Organismos del Estado vinculados a pueblos indígenas.

En nuestro país, en el marco de la legislación nacional existente, podemos resaltar la figura del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) como organismo con competencias importantes en materia indígena. Esta figura, es un organismo descentralizado con participación indígena, que originariamente se encontraba en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, conforme a las disposiciones de la Ley Nº 23.302 sobre Política Indígena y de Apoyo a las Comunidades Aborígenes y su Decreto reglamentario. Actualmente, el INAI depende de la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural del Ministerio de Justicia y DD HH de la Nación.

En el artículo 5 y 6 de la Ley 23.302, dicho cuerpo normativo expresa respecto a la creación del organismo que "El Poder Ejecutivo designará a su titular y deberá constituirse dentro de los 90 días de la vigencia de la presente ley. Contará con un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor."

Respecto a las competencias del INAI, el artículo 6 de la ley 23.302 establece que su actuación comprende:

- a. Actuar como organismo de aplicación de la ley 23.302, velando por su cumplimiento y la consecución de los objetivos.
- b. Dictar su reglamento funcional, normas de aplicación y proponer las que correspondan a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
- c. Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales, y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites.

- d. Elaborar e implementar *planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud.*
- e. Proponer el *presupuesto para la atención de los asuntos indígenas* y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.

8.- Las reglas de Brasilia. Condiciones de acceso efectivo a la justicia para los Pueblos Indígenas.

Las 100 Reglas de Brasilia, surgen en el marco de los trabajos realizados por la Cumbre Judicial Iberoamericana en su edición XIV. Por intermedio de esta herramienta normativa, se establece un presupuesto mínimo respecto a la accesibilidad de las personas en situación de vulnerabilidad y establece recomendaciones para una correcta prestación de Justicia por parte de los órganos públicos de los diferentes Estados.⁷

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" ubicados en los apartados 23 a 34.

En los trabajos preparatorios, participaron redes de operadores y servidores del sistema judicial, entre los que podemos mencionar: La Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

a) Noción de vulnerabilidad en el acceso a la Justicia respecto a personas pertenecientes a pueblos indígenas.

En las Reglas de Brasilia, se considera a las personas en condiciones de vulnerabilidad cuando:

"por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico."

En esta definición, se encuentra comprendida la pertenencia las comunidades indígenas como un factor de vulnerabilidad, pero su determinación concreta dependerá, de las características específicas existentes en cada Estado en particular.

b) Asistencia de calidad, especializada y gratuita.

Para los pueblos indígenas, el sistema de administración de justicia debe garantizar asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos donde se encuentren imposibilitados de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones. Y los estados deben aplicar, instrumentos de control del sistema para brindar mejor calidad en la asistencia.⁸

c) Derecho a intérprete.

En el sistema de Justicia estatal, se garantizará el uso de intérprete cuando los integrantes de los pueblos indígenas no conozcan las lenguas oficiales. Ante posibles interrogatorios o solicitudes de declaraciones, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución también será necesario el cumplimiento de esta Regla.⁹

⁷ Para más información se puede consultar los siguientes links:

<https://www.iusticiachaco.gov.ar/pich/contenido/varios/100reglas.pdf> y

http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

⁸ Reglas de Brasilia número 30 y 31.

⁹ Regla de Brasilia número 32.

d) Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia.

Entre las medidas que se incluyen en esta regla, se debe mencionar las destinadas a la especialización, actuación interdisciplinaria de los equipos de justicia y la proximidad a los sectores indígenas en situación de vulnerabilidad.¹⁰

e) Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas.

Este instrumento internacional, recomienda estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades indígenas, así como propiciar *"la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos"*.¹¹

f) Comprensión de actuaciones judiciales.

El texto normativo, también plantea la importancia de que a los pueblos indígenas se les garantice la comprensión, el alcance y los significados de las actuaciones judiciales reduciendo las dificultades de comunicación. Respecto a las notificaciones y requerimientos, se deberá usar términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles evitando expresiones intimidatorias.¹² Además, se deberán fomentar los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe.¹³

Respecto a la celebración de los actos judiciales, en las Reglas de Brasilia se exige garantizar y respetar la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.¹⁴

Previa a la celebración del acto, se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.¹⁵

Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de "contribuir a garantizar los derechos de la persona". También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como "referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad."¹⁶

¹⁰ Reglas de Brasilia números 40, 41 y 42.

¹¹ Regla de Brasilia número 48.

¹² Reglas de Brasilia números 58 y 59.

¹³ Regla de Brasilia número 60.

¹⁴ Regla de Brasilia número 79.

¹⁵ Regla de Brasilia número 64.

¹⁶ Regla de Brasilia número 65.