

# XI

## Identidad cultural y democracia: el reclamo desoído de los pueblos indígenas\*

### 1. Introducción

Ha transcurrido un año y medio desde que se inaugurara en el país una nueva gestión y diez desde que la Asamblea Nacional Constituyente reconociera los derechos especiales de los pueblos indígenas que residen en el país; es, por tanto, un buen momento para realizar un balance. ¿Qué continuidades y qué cambios podrían señalarse?

Lo primero es que se sigue considerando a los indígenas como un sector de la ciudadanía que vive en situación de pobreza y que requiere, por lo tanto, asistencia social. Anualmente, hemos demostrado a través de este espacio que los derechos específicos de los pueblos indígenas que figuran en el Convenio 169 de la OIT (ratificado por Argentina en el año 2000) son significativamente distintos de otros derechos reconocidos dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el derecho de las minorías.

El núcleo de la diferencia radica en que estos últimos tienen por objeto garantizar un lugar para el pluralismo cultural dentro de la unidad de

\* El presente capítulo fue elaborado por Silvina Ziuerman, abogada, integrante del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del CELS, la licenciada en Antropología Morita Carrasco, antropóloga, asesora del CELS, y Julia Cerdeiro, abogada, colaboradora del Programa.

una sociedad nacional, en tanto los derechos especiales de los pueblos indígenas buscan permitir un mayor grado de desarrollo autónomo. Por ejemplo, mientras en la Declaración sobre las Minorías se enfatiza la necesidad de su efectiva participación en las sociedades de las cuales forman parte, las disposiciones que se establecen en el Convenio 169, sobre todo en los artículos 7 y 8 reconocen facultades a los pueblos indígenas para que puedan adoptar sus decisiones en forma autónoma. Más aún, el Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU-Comisión de Derechos Humanos) en los artículos 4, 23 y 31 otorga importancia secundaria al derecho de participar en la sociedad y expresa que éste es un derecho *optativo* de los pueblos indígenas. Ello quiere decir que los indígenas tienen derecho a participar plenamente en las sociedades nacionales, *si lo desean*, mediante procedimientos determinados por ellos mismos, en la elaboración de todas las medidas legislativas y administrativas que los afecten (artículos 19 y 20). El principio de fondo sobre el que se sustentan tales reconocimientos de derechos es que cuando se poseen facultades plenas para adoptar las decisiones que les incumben, no es necesario participar en la sociedad de otra manera más que ésta.

Un punto en el que esta cuestión se torna evidente es la diferencia respecto de los derechos a la tierra y los recursos naturales. En la Declaración sobre las Minorías no figuran dichos derechos, mientras que son centrales en el Convenio 169 (artículos 13 a 19) y en el Proyecto de Declaración (artículos 25 a 30). También podrían tomarse otros ejemplos para demostrar la especialidad de los derechos indígenas. Aquí el elemento clave es que mientras los demás instrumentos internacionales se refieren a derechos de las personas, los relativos a los indígenas se refieren a derechos (colectivos) de los pueblos. Este reconocimiento ha generado mucha polémica, porque el artículo 1, común a todos los Pactos Internacionales de 1966 reconoce que "todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación". Pero en el caso de los pueblos indígenas los Estados nacionales no están de acuerdo con aceptarlo pues alegan que de este modo los indígenas podrían crear un Estado propio. La cuestión no ha sido zanjada aún; actualmente están en revisión dos interpretaciones de este concepto: una alude a la libre determinación "interna", es decir a la autogestión dentro de los Estados permitiendo que la población indígena determine libremente su condición política y desarrollo propio, otra equipara el derecho a la libre determinación con el derecho a cierto grado de autonomía, adentro de los Estados en que residen los pueblos indígenas.

Otra distinción es que mientras los derechos humanos, en especial los derechos de las minorías, tienen como propósito explícito la integración

de las personas a la sociedad nacional para que no sean discriminados por ser diferentes, los derechos especiales de los pueblos indígenas, tomando en cuenta éstos mismos han sido forzados a cambiar sus identidades, tienden a reforzar sus diferencias frente al resto de la sociedad.

En el nivel mundial, existe acuerdo en que lo que distingue a los pueblos indígenas de otros grupos es que ellos estaban en el territorio en que residen cuando llegaron los demás pobladores, así como también el hecho de que conservan una cultura singular estrechamente vinculada a usos tradicionales de la tierra y los recursos naturales. Esto y no otra cosa es lo que han reconocido los constituyentes de 1994. No obstante, es preciso convertir los reconocimientos en políticas de Estado concretas y ello es, precisamente, lo que aún está pendiente en Argentina.

Por ello, en este capítulo observaremos, en primer lugar, algunos cambios —negativos— que se han dado al tema indígena en los últimos años, particularmente asociadas con situaciones de violencia, amenazas o persecución, tanto hacia los indígenas como a sus abogados o defensores.

Luego de ello, y con la intención de transmitir la propia voz de los pueblos indígenas y el sentido de sus reclamos, transcribiremos dos pronunciamientos efectuados por representantes indígenas, uno de la comunidad Toba Nam-Qom, de Formosa, y el otro de una organización de comunidades Mapuche de la provincia de Chubut.

Seguidamente, analizaremos cuáles han sido las respuestas que el Estado ha dado en relación con las demandas de los pueblos indígenas, y sobre todo con el fin de cumplir con lo dispuesto en la Constitución Nacional y en el Convenio 169 OIT. El accionar del Estado en esta materia se explicará en tres niveles, de acuerdo con cada uno de los poderes gubernamentales: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La síntesis de ese análisis nos permitirá concluir, sin dudas, que el Estado argentino se encuentra lejos de abordar seriamente —y menos aún como una política de Estado— las obligaciones asumidas constitucional e internacionalmente respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

## **2. Cambios en la situación de los derechos de los pueblos indígenas: violencia y persecución**

La organización indígena se ha reafirmado y ha multiplicado sus reclamos en la escena pública. Al respecto, los medios de comunicación han sido más receptivos y, por lo tanto, se ha dado mayor visibilidad a los incumplimientos gubernamentales denunciados por las comunidades. Pero esto

no ha redundado en una mejora de las respuestas gubernamentales a las demandas formuladas, por el contrario, durante 2004 se han repetido los desalojos y la persecución de defensores de los indígenas. A continuación presentamos una breve reseña de los casos más graves.

*Comunidad Trypan Anty (provincia de Río Negro)*

Esta comunidad sufre hostigamientos y persecuciones que tienen origen en una cesión de parte de su territorio que la Administración de Parques Nacionales realizó a favor del Ejército Argentino en 1937. Pese a que legalmente sólo es posible ceder la jurisdicción sobre esas tierras pero nunca el dominio porque éste pertenece a la comunidad, el Ejército intentó desalojar a las familias en reiteradas oportunidades. Los hostigamientos son constantes: en el año 1968 se produjo un primer desalojo; en 1983 se inició una causa penal por "usurpación" contra un miembro de la comunidad quien, finalmente, decidió abandonar su vivienda; luego se ordenó judicialmente un nuevo desalojo.<sup>1</sup> Como la comunidad se resistió, debió soportar la quema de sus casas y la pérdida de sus animales. En el año 2000, la sentencia quedó firme y existe una orden de desalojo que hasta el momento no se ha ejecutado.

*Comunidad Sepúlveda, Paraje Buenos Aires Chico (provincia de Chubut)*

El 29 de abril de 2008, esta comunidad Mapuche hizo una denuncia a la Legislatura del Chubut, a la Cámara de Diputados de la Nación, a la Defensoría del Pueblo del Chubut, al Defensor del Pueblo de la Nación, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y a otros organismos. Allí se denunciaban violaciones a sus derechos como pueblo originario, por actos y omisiones del Estado provincial y del municipio de El Maitén, que otorgó títulos de propiedad a particulares sin respetar la posesión ancestral de la tierra y el territorio que mantiene la comunidad en forma pacífica e ininterrumpida, en una superficie de 300 hectáreas en la región denominada Buenos Aires Chico, ubicada en el departamento Cushamen.<sup>2</sup> Durante

<sup>1</sup> Decisión del juez Leónidas Moldes, del Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche.

<sup>2</sup> La ocupación fue iniciada por el abuelo don Enrique Sepúlveda en el año 1934. A lo largo de los años los mapuches han efectuado numerosas mejoras en el predio (forestaciones, chacras, frutales, potreros, viviendas, caminos) y poseen numerosos animales yeguarizos, vacunos, ovejas y cabras.

2003 y 2004 esta comunidad recibió fuertes presiones de estancieros que pretenden desalojarlos para apropiarse de esas tierras. Estas personas realizaron denuncias penales sin fundamento y, como consecuencia de ello, se llevaron adelante procedimientos policiales manifiestamente ilegales, que obligaron a los indígenas a desarmar sus corrales. La comunidad también ha denunciado estos hostigamientos ante el Ministerio Fiscal de Esquel, sin lograr hasta el momento que se tome medida alguna.

*Comunidad Toba Nam Qom (provincia de Formosa)*

El 16 de agosto de 2002 esta comunidad fue atacada por 100 policías que, sin orden judicial, entraron en las casas de las familias en busca de aborígenes, que supuestamente habrían participado en la muerte de un policía.<sup>3</sup> Los policías golpearon y maltrataron a niños, mujeres y hombres. Varias mujeres indígenas fueron víctimas de amenazas y vejámenes, algunos hombres fueron encarcelados incomunicados, torturados y bajo amenazas y golpes fueron obligados a firmar sus declaraciones. Ante ello, la comunidad presentó una denuncia penal involucrando además de los policías, a altos funcionarios del Estado provincial que presenciaron y avalaron el operativo. A dos años de ocurridos los hechos, el juez interviniente, Rubén Spessot, consideró que no había pruebas suficientes para demostrar los delitos contra la comunidad y sus integrantes, sobreseyó a los policías acusados y ordenó el archivo de la causa. La abogada patrocinante de la comunidad, quien fue también objeto de persecución y amenazas para que abandone la defensa de los aborígenes, ha señalado que estos hechos son habituales en la provincia de Formosa hacia quienes defienden a los indígenas.

*Comunidad Yryapú (provincia de Misiones)*

La selva misionera está en peligro si no se toman medidas de protección en forma urgente y con ella también está en riesgo la vida y cultura del Pueblo Mby'a Guaraní. Según datos estadísticos de la Universidad Nacional de Misiones, tres de cada cinco niños guaraníes mueren por causas evitables. Como mencionáramos en el *Informe del 2002-2003*, los responsables de este desastre no son los campesinos sin tierra sino las actividades

<sup>3</sup> En el allanamiento de la comunidad, junto a los policías, se encontraban el juez de Instrucción y Correccional doctor Héctor Ricardo Shur y el procurador general de Justicia de la Provincia, doctor Carlos Outiveros.

de tres industrias, principalmente la del papel, el tabaco y la madera, a lo cual se suma ahora la del turismo. El 17 de diciembre de 2003 la comunidad de Yriapú firmó con el gobierno provincial un acta-acuerdo por la que este último se compromete a titular a nombre de la comunidad 265 hectáreas poseídas tradicionalmente por ésta (ubicadas dentro de las 600 que forman parte del Área Especial de Conservación y Uso Sustentable, Puerto Iguazú), así como a otorgar el goce y uso vitalicio de un sector lindante. La comunidad, por su parte, se compromete, una vez recibido el título de propiedad, a incorporarlas al Sistema Provincial de Áreas Naturales. Lejos de honrar el compromiso asumido, la provincia promueve un proyecto de ley para crear en la zona un megacomplejo turístico de cerca de 200 hectáreas. Al cierre de este *Informe*, el pueblo Mbyá Guaraní está acampando hace más de un mes en la plaza 9 de Julio de la ciudad de Posadas para exigir que éste y otros conflictos de tierras sean encarados con voluntad política para lograr su solución.

*Comunidad El Tabacal (provincia de Salta)*

Para defender la posesión de sus tierras, esta comunidad está librando una batalla con la empresa estadounidense Seabord Corporation. Los reclamos que desde hace un año vienen efectuando los miembros de la comunidad son respondidos con golpes y amenazas de parte de agentes de la seguridad privada de la empresa, quienes destruyeron los puentes de acceso a las 5000 hectáreas que la comunidad reclama en el paraje La Loma. En virtud de la gravedad de estos hechos, la Comisión de Población de la Cámara de Diputados de la Nación citó el 24 de agosto de 2004 a funcionarios del gobierno salteño para que dieran explicaciones ante las denuncias presentadas por las comunidades El Tabacal, Río Blanco Banda Sur y Río Blanco Banda Norte, también conocida como Comunidad Kolla Guaraní de Orán. Esta última, con una superficie de 300 hectáreas, mantiene un conflicto con otra empresa llamada Río Zenta SRL, quien sería subsidiaria del Ingenio El Tabacal.

*Comunidad pilagá Campo del Cielo (provincia de Formosa)*

Esta comunidad de la zona del Bañado La Estrella, en el centro de la provincia, recibió en 1985 el título de propiedad de las tierras que siempre ocupó. Pero el 15 de abril de 2004 la Legislatura provincial aprobó una ley de expropiación de dichas tierras para la reconstrucción de la Ruta Provincial n° 28. Ante la resistencia de las comunidades y las

presentaciones judiciales, dos semanas después, el Ejecutivo formoseño decidió no expropiar las tierras, pero confirmó la reconstrucción de la ruta que traerá como consecuencia la inundación del territorio del pueblo pilagá.<sup>4</sup> En junio, los afectados con el patrocinio de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) presentaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación un recurso de amparo que ya ha sido admitido. A causa de la campaña iniciada, el abogado local que patrocina a algunas de las comunidades y familias criollas, ha sido perseguido. También se ha promovido una desvergonzada maniobra para que las comunidades le revocaran el poder que le han otorgado y que cesen entonces sus acciones de defensa.

### 3. El punto de vista de los indígenas: demandas, luchas e iniciativas

El propósito de este acápite es presentar la voz directa de los afectados por la inacción del Estado, para que quienes leen este capítulo, además de la información aportada y de la que se ha volcado en distintas ediciones de este *Informe*, puedan elaborar sus propias conclusiones.

A continuación, transcribimos dos comunicados de prensa difundidos por las propias comunidades indígenas, que reflejan algunas de las problemáticas más acuciantes que enfrentan los pueblos indígenas en Argentina. El primero de ellos, que proviene de la comunidad Toba Nam Qom, se refiere al caso señalado en el acápite anterior, cuando observamos el avance —en los últimos años— de prácticas y respuestas violentas hacia las comunidades indígenas. El segundo, un comunicado emitido por el Pueblo Mapuche a raíz del conflicto que una familia tuvo con la empresa Benetton, revela las diversas facetas (desalojos, juicios por usurpación, etcétera) que rodean a la violación de uno de los derechos prioritarios en los reclamos indígenas: el derecho a la tierra (sobre este caso, volveremos en el acápite 4.3., al analizar la actuación del Poder Judicial).

<sup>4</sup> La obra, que cuenta con un crédito del BID, promete que dejará 4000 hectáreas de Campo del Cielo en manos de las comunidades pilagá pero 2000 serán inundadas, afectándose también una escuela, un cementerio aborigen, tres poblados criollos y diez comunidades pilagá. Como medida de protección de una obra que se calcula afectará a unas seis mil personas, se planea construir un terraplén de tierra.

*Comunidad Nam Qom (provincia de Formosa)*

“La Asamblea Permanente de Nam-Qom desea comunicar a todos los ciudadanos argentinos y de otros países que la justicia de Formosa ha ARCHIVADO el caso que más resonó en todo el mundo, conocido como el ataque masivo al Barrio Nam-Qom,<sup>5</sup> sobreseyendo a los policías involucrados en el mismo por considerarse que los hechos denunciados por las víctimas no constituyen delito. Todos nosotros repudiamos esta resolución en la que se beneficia a los verdaderos torturadores y violadores de los derechos humanos de los pueblos aborígenes de la provincia de Formosa, y en la que se demuestra una vez más que estamos excluidos de la justicia. Nuevamente cunde el temor de parte de la comunidad aborigen toda, ya que los policías se sienten fortalecidos con esta medida. Hoy en día los policías pueden ingresar a nuestros domicilios, hacer todo lo que quieran y eso no sería delito. Ya que en la provincia de Formosa vivimos una democracia blindada, en donde los pueblos aborígenes no pueden gozar de la justicia, sino que sólo de la injusticia. Todos nuestros derechos consagrados en la Constitución Nacional, en la que se reconoce que somos hijos de las raíces de esta tierra, pero sin embargo somos pisoteados. Esto no es de hoy sino que data de hace 512 años de discriminación, exclusión y violación de los derechos de los pueblos aborígenes. No podemos callarnos y permitir ser humillados, ultrajados, abusados de todos nuestros derechos, aunque llevemos el dolor dentro de nuestros corazones, pero no podemos arrodillarnos ante los dictadores democráticos. Clamamos a los cuatro vientos: basta de impunidad, basta de discriminación, basta de amenazas, basta de atropellos a los derechos humanos de los pueblos aborígenes. Queremos justicia verdadera y no una injusticia de exclusión para con nosotros los aborígenes”. Formosa, septiembre de 2004.

*Comunidad Mapuche (Chubut)*

“El próximo 26 de mayo se realizará en los Tribunales de Justicia de Esquel el juicio oral y público contra la familia mapuche Curriñanco-Ru-

<sup>5</sup> El día 16 de agosto de 2002 más de 100 policías, sin exhibir orden judicial, entraron en nuestros domicilios, maltratando a niños, mujeres, jóvenes y ancianos. Abusando de la desprotección en que se encontraban las familias aborígenes, fueron llevados presos niños de 10, 14, 15, 16 y 18 años, y abuelos de más de 60 años. En la Unidad Especial de Asuntos Rurales del Barrio Eva Perón fueron torturados, sometidos a reiteradas humillaciones y servidumbres, y las mujeres tobas debieron soportar tratos ultrajantes y vejatorios. Según el fiscal Mario Liper Quijano, esto no fue delito.



Nahuelquir, a raíz de la denuncia penal por usurpación realizada por la Compañía de Tierras Sud Argentina S.A. (CTSA, S.A.), subsidiaria del grupo italiano Benetton. En agosto de 2002 nuestros hermanos ingresaron en el lote Santa Rosa, ubicado en el paraje Leleque, para llevar adelante una serie de emprendimientos productivos que le permitieran salir de la miseria y hacinamiento de la ciudad y desarrollarse plenamente como mapuche. Atilio Curiñanco y Rosa Rúa Nahuelquir tomaron esta decisión junto a toda su familia luego de hacer las averiguaciones pertinentes en el Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural (IAC), donde les informaron que esas tierras eran fiscales. El 2 de octubre de 2002 Atilio y Rosa fueron desalojados por la policía provincial, luego de que el juez de Instrucción de Esquel, José Oscar Colabelli —recientemente destituido por desconocimiento inexcusable del derecho y mal desempeño de sus funciones— accionara ante la denuncia realizada por la CTSA, S.A. Desde ese día se han sucedido diferentes instancias de lucha, incluso hemos sido imputados por realizar nuestras ceremonias espirituales frente al lote Santa Rosa en febrero de 2003, aunque tuvieron que sobreesernos. Llegamos ahora a la instancia judicial, un camino que no elegimos transitar, que nos impuso Benetton y que se encargó de llenar de mentiras. El mayor terrateniente de la Argentina nos acusa de usurpación y al mismo tiempo que hostiga a nuestras comunidades en lucha, trata de quebrar la unidad de nuestro Pueblo echando mano al asistencialismo, regalando leña —cuando nunca antes lo hizo—, financiando la celebración del Indio Americano organizado por el municipio de Cushamen y repartiendo limosnas con la colaboración de curas católicos de El Maitén. Benetton, la corporación que se dice promotora de los derechos humanos, poseedora de casi 1 millón de hectáreas, nos acusa de usurparle 535 hectáreas. El único derecho que ha promovido Benetton es el derecho a la explotación: pagando salarios de hambre a sus peones rurales (mayormente mapuches); impidiendo el derecho a la libre circulación, al cerrar caminos vecinales; obstaculizando el acceso al agua a nuestros hermanos de la Estación Leleque; inventando denuncias de robo de ganado contra los pobladores y comunidades mapuche. Las únicas obras realizadas por Benetton son la apertura de un museo, que nos muestra como objetos del pasado, y una comisaría, como respuesta a la lucha presente por el respeto y aplicación de nuestros Derechos Fundamentales como Pueblo Originario. Llegamos a esta instancia con la lucha de nuestro pueblo, Benetton no ha denunciado a dos mapuche, ha denunciado a todo nuestro Pueblo, y como Pueblo responderemos". Gacetilla de Prensa, Organización Mapuche 11 de octubre, Esquel, 14 de mayo de 2004.

## 4. El punto de vista de los funcionarios: las respuestas de los tres poderes del Estado

### 4.1 Poder Ejecutivo Nacional

La situación de los pueblos indígenas está actualmente marcada por la falta de desarrollo de políticas dirigidas a la protección y garantía efectiva de sus derechos, así como por la omisión de considerar sus derechos específicos en el momento de implementar políticas que los afecten o les conciernan.

Por un lado, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, encargado de implementar la política indigenista, fue erigido en agosto de 2000 —consecuencia de una orden judicial— como ente descentralizado del Poder Ejecutivo. Sin embargo, a cuatro años de dictado el decreto 677, todavía no se ha aprobado su estructura administrativa, por lo cual, aún no reviste el rango de Secretaría de Estado, que es el que correspondería.

El INAI, a su vez, tampoco cuenta con un presupuesto acorde con sus objetivos. En efecto, este organismo tiene previsto llevar adelante sus acciones<sup>6</sup> en 2004 con un presupuesto total de \$12.798.660, de los cuales 3.848.900 son aportados por el Banco Mundial a través de un crédito para el Programa de Desarrollo en Comunidades Indígenas (DCI) que tiene como destinatarios tres grupos de comunidades en las provincias de Neuquén, Salta y Tucumán. Restando dos meses para que termine el año, sólo se han ejecutado \$3.592.000, es decir, el 30% del presupuesto originalmente asignado para todo el ejercicio presupuestario del año 2004.<sup>7</sup> Tales cifras no hacen más que revelar que el tema indígena no es una cuestión prioritaria para el Estado argentino. Por un lado, el presupuesto total que se asigna al INAI es claramente insuficiente para atender la magnitud del asunto, y para diseñar y ejecutar las tareas (y obligaciones) pendientes. Pero además, ese ya escaso crédito no es llevado a la práctica. En efecto, el gasto presupuestario de este año corre el riesgo de seguir la misma suerte que el del año 2003 donde, a finales del año, solamente se

<sup>6</sup> El INAI cuenta solamente con el Programa Atención y Desarrollo de Comunidades indígenas. Las metas a su cargo son: la asistencia social integral a aborígenes, la capacitación a Comunidades Indígenas y concientización de la sociedad, la asistencia técnica a Comunidades Indígenas para la obtención de Personería Jurídica y el financiamiento de proyectos para indígenas.

<sup>7</sup> Datos provenientes del Ministerio de Economía de la Nación, Secretaría de Hacienda, Oficina Nacional de Presupuesto, Ejecución Físico-Financiera. Costo detallado por finalidad, el 10 de octubre de 2004, en <<http://sg.mecun.ar/ejecucion>>.

había ejecutado el 44,7% del crédito inicialmente previsto.<sup>8</sup> En este sentido, sería recomendable que las previsiones presupuestarias de este órgano estuvieran orientadas a satisfacer algunas de las cuestiones centrales que hacen —como exige el Convenio 169— al reconocimiento del pueblo indígena como sujeto político *sui generis*, con autonomía para decidir y actuar por sí: titulación de tierras y territorios; reconocimiento de la personería jurídica de la comunidad indígena y conformación en el INAI del Consejo Coordinador de los Pueblos Indígenas.

En cuanto a las personerías jurídicas, o mejor dicho, al reconocimiento del estatus legal de los pueblos indígenas como personas jurídicas de derecho público no estatal, hay todavía una cuestión irresuelta. La costumbre de los últimos años ha ido imponiendo la inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) bajo los criterios establecidos en la Resolución 4811 de la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación. Sin embargo, en la práctica, muchas comunidades se ven obligadas, por diversos motivos —distancia, desconocimiento, falta de asesoramiento, falta de apoyo para la gestión, etcétera—, a inscribirse en registros provinciales que son controlados por las direcciones o inspecciones de personería jurídica. Se genera de esta manera una situación ambigua, ya que aunque se registran como “comunidades indígenas” quedan sujetas a normas y controles que contradicen el reconocimiento constitucional, y acaban restringiendo el ejercicio del derecho. Además, son innumerables las comunidades que hasta el día de hoy no han obtenido personería alguna.<sup>9</sup>

En relación con la obligación de reconocer de forma efectiva el derecho a la posesión y propiedad de sus tierras, ya nos hemos referido en informes anteriores<sup>10</sup> así como en la reciente presentación ante el Comité contra la Discriminación de la ONU.<sup>11</sup> Por ello, aquí solamente nos basta

<sup>8</sup> Según los datos del Ministerio de Economía de la Nación, Secretaría de Hacienda, Oficina Nacional de Presupuesto, Cuenta de Inversión del año 2003, en <[http://www.mecon.gov.ar/hacienda/cgn/cuenta/2003/tomo\\_i/02introduccion.htm](http://www.mecon.gov.ar/hacienda/cgn/cuenta/2003/tomo_i/02introduccion.htm)>.

<sup>9</sup> El caso de la comunidad de Liviara (Jujuy) es paradigmático de las consecuencias que eso acarrea. Esta comunidad no ha podido ejercer la defensa de su territorio frente a la explotación de oro por parte de una empresa (y los graves daños causados como consecuencia de ello) por carecer de personería jurídica, puesto que la justicia provincial que intervino exigió la personería como un requisito esencial para la procedencia de la acción.

<sup>10</sup> Véase CELS, “La tierra en el reclamo de los Pueblos Indígenas y sectores campesinos”, *Informe Anual 2002-2003*, Buenos Aires, CELS - Siglo XXI Editores Argentina, 2003; CELS, “Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina”, *Informe Anual 2002-2003*, Buenos Aires, CELS - Siglo XXI - Catálogos, 2002.

<sup>11</sup> Véase el Informe Alternativo presentado por las organizaciones no gubernamentales al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, julio de 2004, en <[www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)>.

destacar la gravedad de la inexistencia de un Plan Nacional de Regularización de Tierras para todas las familias, comunidades y pueblos indígenas que habitan a lo largo y ancho del país. Incluso el Plan Nacional de Regularización de Tierras creado en 1996 solamente respecto de las provincias de Chubut, Jujuy y Río Negro, ha tenido magros resultados. En Jujuy, este plan consistía en la titularización de 1.293.000 hectáreas para 80.343 habitantes de más de 150 comunidades de los Pueblos Kolla y Guaraní. Para su ejecución el Estado nacional suscribió un convenio con la provincia por el cual se comprometió a realizar aportes de dinero, pero el proceso estuvo plagado de trabas burocráticas, lo cual derivó en que sólo tres comunidades obtuvieran en agosto de este año el título de propiedad de sus tierras. Paradójicamente, estando en marcha el Plan, el Instituto Jujeño de Colonización y la Dirección General de Inmuebles, promovió y realizó entregas de tierras indígenas a título individual, lo que motivó la presentación de una acción de amparo.<sup>12</sup>

El derecho a la participación de los pueblos indígenas, por su parte, también es una asignatura pendiente del Estado argentino. La realidad indica también que no hay hasta el momento voluntad política para poner en práctica la representación y participación de los pueblos indígenas. Éstos no cuentan con ningún tipo de representación en los órganos del Estado ni se han insituido mecanismos para que ello se concrete, y son los funcionarios y las agencias estatales quienes se encargan de delinear, sin consulta alguna, las necesidades y prioridades de estos pueblos. A ello se suma que el INAI tampoco ha concretado, como manda la ley 23.302 hace ya diecinueve años, la integración del Consejo Coordinador de Pueblos Indígenas, privando así a los indígenas de su derecho constitucional de participación en todos los asuntos que les afectan.

Al incumplimiento estatal respecto de esas cuestiones y derechos esenciales de los pueblos indígenas se le agrega, a su vez, la omisión de tener debidamente en cuenta las particularidades de cada comunidad y pueblo indígena (y la especificidad de sus derechos), en el momento de implementar

<sup>12</sup> Durante este año un conjunto representativo de las comunidades indígenas de la provincia, integrado por miembros de la Comisión de Participación Indígena y representantes del Foro Permanente de Pueblos Indígenas, interpusieron una acción de amparo solicitando a la justicia que exigiera al estado provincial abstenerse de continuar entregando a particulares (sean miembros del pueblo aborígen o terceros) tierras afectadas para su entrega a comunidades aborígenes y que estaban expresamente incorporadas para el desarrollo del Programa de Entrega de Tierras. Además, teniendo en cuenta la dilación del Programa solicitaron que se estableciera el plazo dentro del cual el estado provincial debía completar los trabajos necesarios y realizar la transferencia definitiva de las tierras.

una política sobre ellos. El tratamiento gubernamental hacia los indígenas continúa siendo predominantemente asistencialista. Los programas que en el nivel nacional y provincial están destinados a atender las necesidades materiales de los sectores en situación de pobreza o indigencia (en la que se encuentran un significativo número de comunidades) no reconocen las características propias de los pueblos indígenas ni tienen en cuenta su identidad cultural. En muchas ocasiones, la intervención del Poder Ejecutivo sobre la situación socioeconómica de las comunidades indígenas, se circunscribe a la entrega e implementación de planes como el de Jefes y Jefas de Hogar, Techo y Trabajo, Manos a la Obra, etcétera, los cuales en ningún sentido tienen en consideración esas diferencias.

Las escasas políticas que se han diseñado específicamente para los pueblos indígenas han tenido resultados limitados. En primer lugar, y en relación con la salud, cabe señalar que en algunas provincias no existen agentes de salud indígenas y las que sí cuentan con ellos carecen de los recursos necesarios para ejercer las actividades a su cargo. El Programa ANAHI —explicado en un informe anterior—<sup>13</sup> originariamente previsto para fortalecer la atención integral de la salud de los pueblos indígenas, no cumplió con sus objetivos. No fueron equipados los establecimientos sanitarios, prácticamente no hubo capacitación a los agentes sanitarios, no se les proveyó de los insumos médicos necesarios, y tampoco fueron tenidas en cuenta las pautas culturales propias de la medicina tradicional de estos pueblos.

En segundo lugar, si bien desde el año 2004 el Estado nacional ha puesto en marcha el Programa Nacional de Educación Intercultural y Bilingüe, todavía no se ha podido concretar una política educativa que, a escala federal, tenga en cuenta la identidad cultural y las especificidades educacionales, lingüísticas y culturales de los pueblos indígenas. Prácticamente no hay formación de docentes indígenas, son pocas las jurisdicciones que cuentan con programas destinados a preservar el idioma indígena y no han sido revisados los programas vigentes, dirigidos a toda la sociedad, con el fin de, por un lado, incluir la historia y la cultura de estos pueblos y, por otro, eliminar los contenidos ofensivos hacia los pueblos indígenas. En tercer lugar, el Estado no ha adoptado medidas particulares para los indígenas dentro del sistema de seguridad social.

Finalmente, si se tiene en cuenta que la información es una herramienta fundamental para la elaboración de una política eficaz, se torna necesario

<sup>13</sup> CELS, "Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina", *op. cit.*

resaltar que hasta la fecha el Estado ni siquiera ha podido recabar ni procesar de forma integral y definitiva la información censal sobre la población indígena

Así, si tomamos en cuenta lo dicho en diversos informes, respecto del avance en el desarrollo de los reconocimientos de derechos entre 1994 y 2004, advertimos que en la Argentina existe una profunda y grave deuda en cuanto al ejercicio real y efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Sería oportuno preguntarse entonces, si el obstáculo para ello es la falta de una reglamentación o una insuficiente voluntad política para encarar una política federal en la materia.

Estas alarmantes deficiencias que venimos describiendo, por otra parte, fueron enfáticamente señaladas recientemente desde el ámbito internacional. En agosto de 2004, el CELS y otras organizaciones presentaron al Comité de la ONU para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, un *Informe Alternativo* al que enviara el Estado argentino sobre el cumplimiento de la Convención Internacional en esa materia ratificada por nuestro país, en el cual se ofrece una síntesis de la situación respecto de los derechos indígenas.<sup>14</sup> Una vez analizado el informe, el Comité hizo una serie de observaciones y recomendaciones, entre las que se destacan las siguientes:

Visto que existe en Argentina una inadecuada protección de las tierras ancestrales, el Comité recomendó adoptar medidas conducentes para la implementación efectiva del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); adoptar en consulta con los pueblos indígenas una política general efectiva para reconocer los títulos de propiedad y demarcar los territorios ancestrales; adoptar medidas para salvaguardar los derechos indígenas a la tierra ancestral, especialmente de los sitios sagrados, asegurar su acceso a la justicia así como reconocer la personalidad legal de los pueblos indígenas y sus comunidades en sus formas de vida tradicional.<sup>15</sup>

A su vez, dada la insuficiente información provista por el Estado sobre la representación de los pueblos indígenas en los cargos federales, provinciales y municipales, le recuerda las recomendaciones ya provistas respecto de la necesidad de establecer el Consejo Coordinador de Pueblos Indígenas en el INAI.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> El informe completo puede consultarse en <[www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)>.

<sup>15</sup> Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, observaciones Finales: Argentina, agosto de 2004, CERD/C/65/CO/1, párr. 16 (la traducción es nuestra).

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 17 (la traducción es nuestra).

Le recomienda por último adoptar, en consulta con los pueblos indígenas y sus comunidades, las medidas necesarias para implementar un programa de educación intercultural y bilingüe con pleno respeto de sus identidades, culturas, lenguas, historias.<sup>17</sup>

## 4.2. Poder Legislativo Nacional

En este apartado nos proponemos hacer un balance de las adecuaciones normativas y nuevas propuestas realizadas por el Congreso Nacional, con el fin de evaluar el grado de compromiso genuino de los legisladores con la problemática indígena.

Entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004 se presentaron o trataron distintos proyectos de ley que abordan los asuntos indígenas desde diversos aspectos y que, a partir de una clasificación temática, describimos a continuación.

### 4.2.1 *Proyectos dirigidos a resolver y operativizar los problemas más urgentes que afectan a los pueblos indígenas en la actualidad*

#### *Jerarquización del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*

Existen dos proyectos de ley para otorgarle jerarquía constitucional al Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.<sup>18</sup> Al respecto, nos interesa destacar que uno de ellos pone de relieve que la asignación de jerarquía constitucional a este convenio es un modo de suplir las deficiencias del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, como la falta de definición de "pueblos indígenas" y de "propiedad comunitaria" y que determinaría el reconocimiento en el nivel constitucional del derecho consuetudinario de los pueblos. Si bien la constitucionalización del Convenio resulta ser una iniciativa por demás auspiciosa, ello será insuficiente en la medida que, como ha sucedido hasta el momento, continuemos con una ausencia absoluta de medidas de efectiva implementación de las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar ese tratado.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párr. 19 (la traducción es nuestra).

<sup>18</sup> Exp-dip.: 6159-D-03 del 17 de febrero de 2004 y Exp-dip.: 0698-D-04, del 15 de marzo de 2004. Ambos proyectos se encuentran actualmente en la Comisión de Asuntos Constitucionales.

### Tierras

En relación con la transferencia de tierras a las comunidades indígenas, existen varios proyectos de ley. El 11 de junio de 2004<sup>19</sup> ingresó un proyecto destinado a reglamentar el instituto de la expropiación. El proyecto pretende que cuando el Congreso declare tierras de utilidad pública y, por ende, sujetas a expropiación, se excluya del monto de la indemnización el valor de las mejoras efectuadas por los pueblos indígenas y que el predio se considere como ocupado por familias con derecho a la permanencia, y no como desocupado y de libre disponibilidad.

Por otro lado, existen proyectos para concretar la expropiación a favor de algunas comunidades indígenas.<sup>20</sup> El 14 de junio ingresó un proyecto en la Cámara de Diputados que busca declarar la emergencia de la propiedad comunitaria indígena. Propone suspender por cinco años las acciones de ejecución de desalojos o expulsión de comunidades indígenas.<sup>21</sup> Dispone también la reubicación "transitoria", en las mismas tierras, de los pueblos que hubieran sido expulsados y si ello no fuera posible, en otras que acepten. Asimismo, determina la realización de un censo durante los dos primeros años, cuyos resultados serían utilizados para la adjudicación de tierras que ocupan u ocuparon los pueblos.

En la misma línea podemos inscribir el proyecto de ley que declara la emergencia en materia de propiedad y posesión de tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas.<sup>22</sup> Luego de extender la emergencia por un término de cinco años, señala que las comunidades podrán, durante los primeros dos años, presentarse ante el INAI para que éste tome conocimiento de los conflictos respecto del dominio y/o la posesión de las tierras que hubieran ocupado. Entre los fundamentos que esgrime el

<sup>19</sup> Exp-dip 3479-D-04 del 11 de junio de 2004, actualmente en trámite ante la Comisión de Población y Recursos Humanos

<sup>20</sup> El 26 de agosto de 2003 se presentó un proyecto para que se declare de utilidad pública y sujeta a expropiación una fracción de tierra de Finca Desemboque (Paraje Yerba Buena), provincia de Salta, con el fin de transferirla al Estado Nacional para que éste, a su vez, las adjudique en propiedad comunitaria a la Comunidad Indígena del Pueblo Tupí Guaraní Nanderu Luciano Yépez que las ha ocupado desde tiempos inmemoriales. El proyecto prevé que la expropiación de estas tierras sean indemnizadas con imputación a "Rentas Generales" del presupuesto del año 2004 y entre los fundamentos se destacan otros casos de devolución de tierras a comunidades indígenas. Cuenta con media sanción del Senado (del día 15 de junio de 2004) y actualmente está a la espera de su aprobación por la Cámara de Diputados.

<sup>21</sup> Exp-dip: 3478-D-04 del 14 de junio de 2004, actualmente en trámite ante la Comisión de Población y Recursos Humanos

<sup>22</sup> Exp-dip: 0048-PE-04 del 6 de septiembre de 2004, actualmente en trámite ante la Comisión de Población y Recursos Humanos.



Poder Ejecutivo, para llevar a consideración del Congreso este proyecto, destacamos que, con acierto, afirma: "Es inocultable que sin la garantía de la tierra, no hay condición alguna para la sobrevivencia de las Comunidades Indígenas como pueblos y como etnias portadoras de culturas originales."

Finalmente, el pasado 29 de septiembre se despachó el anteproyecto de ley de emergencia de la Comisión de Población y Recursos Humanos. Al respecto debemos transmitir únicamente nuestra preocupación, debido a que tanto en los proyectos como en el anteproyecto se prevé la reubicación *transitoria* de las comunidades que antes de la entrada en vigencia de la ley hubieran sido desalojadas de sus tierras. Es difícil comprender la transitoriedad de la reubicación en las tierras que por derecho les pertenecen a las comunidades y de las que han sido ilegítimamente despojadas.

#### *Propuestas de modificaciones al Código Civil*

El 15 de septiembre de 2004 se presentó un proyecto de ley<sup>23</sup> que pretende, por un lado, agregar a las comunidades indígenas en el artículo 33 del Código Civil,<sup>24</sup> y por otro, incorporar un tipo de dominio comunitario como una forma más dentro de las que prevé ese derecho real.<sup>25</sup> Determina también que este tipo de dominio sobre inmuebles es inenajenable, imprescriptible y no se encuentra sujeto a gravámenes o embargos.

Sin embargo, violentando la relación particular de los pueblos indígenas con la tierra, el proyecto prevé la posibilidad de que las tierras comunitarias puedan ser expropiadas por causa de utilidad pública, ofreciendo la opción de percibir una indemnización o tierras de valor y utilidad equivalentes. Como puede observarse, esta última previsión es totalmente contraria al derecho indígena puesto que desnaturaliza la nueva forma de dominio, sometiendo a las mismas restricciones que las previstas en el Código Civil.

<sup>23</sup> Exp-Dip: 5914-D-04 del 15 de septiembre de 2004, actualmente en trámite ante la Comisión de Legislación General.

<sup>24</sup> El artículo 33 del Código Civil establece las distintas modalidades de personería jurídica. Dispone: "Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1ro. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2do. Las entidades autárquicas; 3ro. La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1ro. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2do. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar".

<sup>25</sup> El proyecto define a esta nueva forma como "el derecho real de propiedad que corresponde colectivamente en forma indivisible a una comunidad indígena argentina".

Luego se presentó un proyecto que, como el anterior, estipula el reconocimiento de las comunidades indígenas como personas jurídicas de derecho público.<sup>26</sup>

#### *Defensor indígena*

El 4 de mayo de 2004 ingresó, a través de la Cámara de Senadores, un proyecto<sup>27</sup> para crear, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Nación, la figura del defensor/a indígena. El objetivo de este órgano será "la promoción y protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes, la prevención de su violación y la defensa activa ante su vulneración". El proyecto contiene una definición de *indígena* basada en el autorreconocimiento y disposiciones sobre la forma de elección, designación y funciones del defensor, defensores adjuntos, constitución de un equipo auxiliar interdisciplinario, procedimientos de denuncia, realización de informes anuales al Congreso y sobre presupuesto, entre otros.

#### 4.2.2 Otros proyectos

##### *Educación*

El 7 de mayo de 2004 se presentó un proyecto de ley que modifica dos artículos de la ley 24.521, de Educación Superior.<sup>28</sup> Por un lado, se propuso agregar como objetivo de la ley, la "investigación de las diversidades étnicas, lingüísticas y culturales de los pueblos argentinos, como aporte para su desarrollo integral, a partir del respeto a sus respectivas identidades". También plantea que, en el marco del artículo 13, inciso c de la ley que prevé el derecho de los estudiantes de obtener becas y otras formas de apoyo econó-

<sup>26</sup> Exp-Sen: 1897-S-03 del 16 de septiembre de 2003. Actualmente en la Comisión de Legislación General y Población y Desarrollo Humano. Entre sus fundamentos, y con el fin de que se reconozca adecuadamente el derecho consuetudinario, el proyecto hace referencia a la concepción del "monismo jurídico" que existió en nuestro ordenamiento desde 1953, destaca que "la premisa de la igualdad ante la ley pudo permear al fin las categorías jurídicas, para arribar al pluralismo" y señala que "el reconocimiento de las comunidades como sujetos de derecho, es la condición jurídica básica para la aplicación práctica de la autonomía indígena en el nivel comunitario y la facultad de asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones."

<sup>27</sup> Exp-Sen: S-1214/04 del 4 de mayo de 2004, con trámite en las Comisiones de Población y Desarrollo Humano, Asuntos Administrativos y Municipales y Presupuesto y Hacienda.

<sup>28</sup> Exp-dip: 2463-D-04 del 7 de mayo de 2004, actualmente en la Comisión de Educación.

mico y social, por lo menos el 10% de los recursos se desinen a los alumnos de pueblos indígenas, respetando su identidad étnica y cultural.

Casi un año antes, el día 4 de junio de 2003, había ingresado un proyecto que aspira a que, en aquellas instituciones educativas donde coexistan comunidades, se realicen talleres de estudio, con carácter obligatorio, que contemplen "las tradiciones, creencias y costumbres de los pueblos originarios con vistas a integrar las diferentes culturas". Las comisiones de Educación y de Población y Recursos Humanos, el 24 de septiembre de 2004 aconsejaron su conversión en un proyecto de declaración, "sin que por ello se altere o modifique el justo y necesario requerimiento planteado." Empero, esta propuesta de conversión constituye un marcado retroceso respecto del proyecto original porque, es sabido que la diferencia entre una ley y una declaración radica precisamente en su diversa fuerza obligatoria.

#### *Componente indígena en la Ley Nacional de Juventud*

El proyecto de Ley de Juventud,<sup>29</sup> originado el 6 de noviembre de 2003 en Diputados, está dirigido a que el Estado reconozca y garantice a los jóvenes de las comunidades indígenas el derecho a un proceso educativo, a la promoción e integración laboral y a un desarrollo sociocultural acorde con sus realidades étnico-culturales.

#### *Identidad de los pueblos indígenas*

En la Cámara de Diputados, a fines del año 2003, se inició un proyecto de ley referido al cambio de nombre de los miembros de los pueblos indígenas.<sup>30</sup> Permitiría que, cuando los nombres o apellidos de los indígenas "sean ofensivos a su personalidad o ajenos a su identidad cultural" puedan cambiarlos sin necesidad de iniciar la acción judicial prevista en la ley 18.248.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Exp-dip: 5399-D-03 del 6 de noviembre de 2003, actualmente en la Comisión de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

<sup>30</sup> Exp-dip: 5636-D-03 del 19 de noviembre de 2003. En trámite en la Comisión de Legislación General.

<sup>31</sup> El art. 17 de la ley 18.248 establece: "La modificación, cambio o adición de nombre o apellido, tramitará por el proceso sumarísimo, con intervención del Ministerio Público. El pedido se publicará en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Podrá formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Deberá requerirse información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros y se comunicará al Registro del Estado Civil".

Por otro lado, el 1º de mayo de 2004 ingresó un proyecto que procura el reconocimiento de los usos y costumbres de los pueblos indígenas como generadores de derechos individuales de los miembros y/o colectivos en relación con las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas vinculadas con actividades de caza, pesca y recolección.<sup>32</sup> Este proyecto se propone como un modo de rescatar “la memoria y la identidad de los pueblos originarios”.

*Creación de un régimen complementario de la Ley de Protección de Comunidades Aborígenes*

El proyecto de ley que busca complementar la ley 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades indígenas, determina principalmente que la personería jurídica constituye un derecho adquirido para las comunidades. Limita a 90 días el plazo para que la autoridad otorgue o rechace la solicitud y dispone expresamente que la acción de amparo será admisible contra cualquier resolución del INAI que lesione o vulnere los derechos adquiridos de las comunidades, con especial referencia a las que incumplan el plazo establecido, concediendo el beneficio de litigar sin gastos. Al mismo tiempo, otorga la posibilidad de que los gobiernos provinciales concedan la personería jurídica.<sup>33</sup>

*Creación del Ministerio Indígena*

El 17 de diciembre de 2003 se presentó en el Senado un proyecto de ley<sup>34</sup> que tiene por objetivo modificar la Ley de Ministerios ordenando la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas. Su misión fundamental sería “asistir al presidente de la Nación en todo lo inherente a la atención, apoyo, defensa y desarrollo de los pueblos indígenas, existentes en el país, para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación”. De este modo, quedaría disuelto el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Este proyecto se encuentra actualmente en la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Presupuesto y Hacienda.

<sup>32</sup> Exp-Sen: 0101-S-04 1 de marzo de 2004. El 4 de marzo de 2004 ingresó a la Comisión de Legislación General y Población y Desarrollo Humano.

<sup>33</sup> Exp-Sen: 3091/03 del 28 de noviembre de 2003. Tiene trámite en las comisiones de Población y Desarrollo Humano y de Legislación General.

<sup>34</sup> Exp-Sen: 3308-S-03 del 17 de diciembre de 2003. Ingresó el 18 de diciembre de 2003 a las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Presupuesto y Hacienda.

*Registro de conocimientos y tecnología tradicionales de los pueblos indígenas*

El 2 de marzo se inició en la Cámara de Diputados un proyecto<sup>35</sup> que tiene por fin establecer la inscripción en un registro de los conocimientos y las creaciones de los pueblos indígenas. De este modo, se aseguraría el derecho de la comunidad a participar de los beneficios de su explotación o comercialización.

*4.2.3 Modificaciones al marco legal vigente*

Durante 2004, una ley fue promulgada y se sancionaron dos decretos. La ley 25.779 bajo el nombre de "La política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes"<sup>36</sup> modifica la ley 23.302. Esta norma faculta al INAI a gestionar la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas rurales y urbanas, para los titulares de las tierras adjudicadas, ante organismos nacionales e internacionales. Por otro lado, ordena la promoción de la cultura y la inserción socioeconómica de comunidades aborígenes.

El primer decreto, referido al Programa ARRAIGO,<sup>37</sup> crea en el marco de este programa el "Banco Social de Tierras", destinado a concentrar toda la información sobre inmuebles de dominio privado del Estado nacional que puedan ser afectados a fines sociales.<sup>38</sup>

Por su parte, el decreto 1066/2004 modifica las competencias de los ministerios, dejando bajo la competencia del Ministerio del Interior, la función de "entender en lo concerniente a los pueblos indígenas argentinos con intervención de los ministerios que tengan asignadas competencias en la materia, a los efectos previstos en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional".<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Exp-dip: 0193-D-04 del 2 de marzo de 2004, actualmente en la Comisión de Cultura.

<sup>36</sup> Ley 25.799, sancionada el día 5 de noviembre de 2003, promulgada de hecho el día 28 de noviembre de 2003.

<sup>37</sup> Decreto 835/2004 del día 6 de julio de 2004.

<sup>38</sup> En los considerandos del decreto, teniendo en cuenta la ley 23.302, se afirma: "Que existen inmuebles fiscales nacionales ociosos, distribuidos en todo el territorio nacional, innecesarios para la función y gestión de los organismos en cuya jurisdicción revistan." Y concluye: "dichos bienes inmuebles pueden transformarse en una herramienta social para solucionar el problema de las ocupaciones de tierras, asumiendo la responsabilidad de la búsqueda de alternativas, que contengan una solución digna y rápida, obteniendo así altos niveles de habitabilidad y salubridad para las familias que se encuentran en situaciones como las descriptas anteriormente."

<sup>39</sup> Decreto 1066/2004 del día 20 de agosto de 2004

Las modificaciones producidas al marco legal vigente resultan insuficientes para hacer plenamente efectivos los derechos constitucionales. Al mismo tiempo, los proyectos presentados dan cuenta de una incipiente actividad de nuestros legisladores y reflejan, sobre todo, el grueso de situaciones y conflictos pendientes de resolución eficaz por parte del Estado. A su vez, es de esperar que en el momento de elaborar o debatir este tipo de proyectos, se tenga en cuenta y respete expresa y debidamente el derecho a la consulta y la participación de los pueblos y comunidades indígenas.

Por último, llama poderosamente la atención que pese a que las comunidades indígenas siguen padeciendo la destrucción de sus recursos naturales a través de la devastación de los bosques y la contaminación de los suelos que habitan y de las aguas que utilizan, a raíz del avance del frente agrícola y de empresas madereras, mineras y petroleras, no se hayan presentado proyectos orientados a salvaguardar sus derechos.<sup>40</sup>

#### 4.3 El accionar del Poder Judicial

Bajo este título nos proponemos describir las decisiones judiciales vinculadas a los derechos de los pueblos indígenas, que se han dictado entre los meses de septiembre de los años 2003 y 2004 en nuestro país. El objetivo principal de esta tarea es examinar si los integrantes del Poder Judicial, mediante el ejercicio de su función en conflictos de o con pueblos indígenas, han marcado avances o retrocesos en la vigencia de estos derechos<sup>41</sup> y, en consecuencia, si han cumplido con su obligación de aplicar lo dispuesto en la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

La mayoría de los casos que se debatieron en nuestros tribunales se relacionan con conflictos de tierras. La falta de voluntad política del Estado, reflejada en la ausencia de medidas que permitan materializar los derechos a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras de los pueblos indígenas, se tradujo en distintas acciones judiciales, que podemos dividir en siete apartados.

En primer lugar, haremos referencia a los casos en que las comunidades indígenas reclamaron los títulos de dominio sobre las tierras que ocu-

<sup>40</sup> Para un análisis más profundo de esta cuestión, véase en este mismo *Informe* el capítulo X.

<sup>41</sup> Para la elaboración de este apartado utilizamos como fuente de información las editoriales jurídicas La Ley, Lexis Nexis y el Dial. Por otro lado, le solicitamos a organizaciones indígenas o a las que trabajan con ellas el envío de las sentencias judiciales de que tuvieran conocimiento. Por esta razón, los casos descriptos no agotan la totalidad de casos posibles pero sí constituyen una buena muestra de la situación en nuestro país.

paron tradicionalmente. Seguidamente, analizaremos un único caso en el que se determinó la inejecutabilidad de las tierras ocupadas por las comunidades. En tercer término mencionaremos dos casos en los que particulares no indígenas reclamaron tierras ocupadas por comunidades indígenas. Luego, explicaremos una demanda de desalojo y las acciones de usurpación<sup>42</sup> que dieron lugar, lamentablemente, a la intervención de la justicia penal en este tipo de conflictos. Por último, analizaremos la participación de las comunidades en la gestión de los recursos naturales y el único antecedente judicial relacionado al derecho a la participación.

Como veremos en los párrafos siguientes, si bien la respuesta brindada desde el Poder Judicial en algunos casos ha favorecido a las comunidades o a sus miembros, no podemos dejar de destacar que ésta fue, en la mayoría de ellos, inadecuada para el tratamiento de los problemas y derechos indígenas. En la mayoría de esas oportunidades, la reacción de la judicatura no tuvo en cuenta la singularidad de los pueblos y, por ello, aplicó la normativa ordinaria sin ninguna consideración especial sobre los específicos derechos que pertenecen a las comunidades.

Así, se aplicó el instituto de la prescripción adquisitiva, en vez de operativizar la entrega de tierras comunitarias a través del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional o el Convenio 169 de la OIT y se puso en funcionamiento la administración de justicia para perseguir penalmente a miembros indígenas por la ocupación que hacen de sus propias tierras. En algunas sentencias ni siquiera se hizo mención a los derechos singulares de los pueblos indígenas. De este modo, queda en evidencia la importación de leyes y procedimientos aplicables, totalmente extraños a las formas de vida y organización de las comunidades, y que consecuentemente no se ajustan a sus necesidades.

El Convenio 169 de la OIT contempla el deber de respetar el derecho consuetudinario reconociendo como único límite para su aplicación que su consideración en un caso concreto sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos por el Estado o con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Además, establece el deber de respetar los métodos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas en la represión de delitos cometidos por sus miembros, y manda a tener en cuen-

<sup>42</sup> El art. 181 del Código Penal de la Nación establece que: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: I. El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes".

ta las costumbres de estos pueblos cuando los tribunales y autoridades competentes se pronuncien sobre cuestiones penales.<sup>43</sup> Esto es de particular importancia en los casos en que se imputa a los indígenas el delito de usurpación de las tierras que habitan o reclaman como su territorio tradicionalmente ocupado.

Por todas estas razones, insistimos en que para garantizar plenamente el respeto por la identidad de los pueblos indígenas, es trascendental que los tribunales de justicia tomen en cuenta sus costumbres, valores y normas a la hora de decidir los conflictos que los involucran, evitando de esta manera imponerles códigos y pautas culturales que desconocen.

#### 4.3.1 Adquisición por usucapión de tierras tradicionales

En el período en estudio, dos sentencias judiciales resolvieron un reclamo sobre la titularidad de las tierras que los pueblos habían ocupado tradicionalmente. Como veremos, en una de ellos se acogió la petición, mientras en la otra se rechazó la demanda.

Tanto en el caso "Comunidad Mapuche Huayquillán c/Brescia Celso y otros/prescripción adquisitiva"<sup>44</sup> como en "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero —Pueblo Ocloya— c/Cesar Eduardo Cosentini,"<sup>45</sup> las comunidades indígenas reclamaron la titularidad de las tierras que ocupan desde tiempos inmemoriales a través del instituto jurídico de la usucapión,<sup>46</sup> pero también con expreso fundamento en las disposiciones de la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 17) y los tratados ratificados por Argentina.

En el caso de Huayquillán, la magistrada no sólo resolvió la petición en favor de la comunidad, fundándose en las normas de la ley civil, sino que afirmó: "a la Comunidad actora le hubiere bastado [...] acreditar su calidad de pueblo indígena, y la ocupación de las tierras por las que acciona (artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional) para obtener el re-

<sup>43</sup> Véase los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT.

<sup>44</sup> Dictado por la jueza Graciela Beatriz Rossi de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería con competencia en Familia de la Vª Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén, el 18 de agosto de 2004, sentencia firme, publicada en <<http://www.eldial.com.ar>>.

<sup>45</sup> Decidido por la Sala Segunda de la Cámara en lo Civil y Comercial, el 15 de diciembre de 2003.

<sup>46</sup> La usucapión es un modo excepcional contemplado en la ley civil para adquirir el dominio sobre un bien. Este tipo de adquisición está sujeta al cumplimiento de ciertos recaudos legales, como haber estado ocupando el bien que se pretende en forma pacífica, pública, continua e ininterrumpida por una determinada cantidad de años.



conocimiento del derecho que reclama<sup>47</sup> en virtud del principio de supremacía constitucional.

Pese a la similitud de situaciones, en el caso de la Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero, los jueces Enrique Mateo y Jorge Daniel Alsina de la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, en una decisión por demás escueta y en la que se realiza una deficiente y tergiversada valoración de los elementos de prueba, rechazaron la demanda imponiéndole las costas del juicio a la comunidad.

Durante el desarrollo de la causa quedó demostrado que sobre la zona reclamada habita la comunidad indígena del Pueblo Ocloya, conservando sus tradiciones comunales, dedicada a la siembra de maíz, a la ganadería y a la elaboración de artesanías y que el cementerio de Tesorero tiene lápidas muy antiguas con apellidos que concuerdan con los habitantes de la zona. No obstante, en el voto mayoritario, los integrantes del tribunal argumentaron que como Laguna de Tesorero había obtenido su personería jurídica en el año 1995 sólo a partir de esa fecha se encuentra legalmente habilitada para reclamar derechos y, consecuentemente, no le resulta posible reclamar una prescripción veinteañal. Manifestaron también que en el territorio no existen obras ancestrales, que la comunidad había reconocido la titularidad en otra persona y que aun cuando la comunidad hubiera existido con anterioridad al reclamo de su personería, no se acreditó suficientemente la posesión con todos los recaudos exigidos por la ley.

La decisión resulta aún más escandalosa al ser comparada con la disidencia de la jueza Noemí Demattei de Alcoba. En su voto, hizo expreso reconocimiento de las normas constitucionales e internacionales y analizó la jurisprudencia sobre derecho indígena elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, consideró que la inspección ocular llevada a cabo sobre el terreno y las numerosas declaraciones de personas que afirmaron que la comunidad vive en el territorio hace más de veinte años, demuestran la legitimidad del reclamo sobre las tierras.

#### 4.3.2 Inejecutabilidad de las tierras tradicionales

En el caso "Banco de la Nación Argentina c/ Huenofil, Mariano Moreno y otros",<sup>48</sup> a raíz de una sentencia de ejecución hipotecaria dictada

<sup>47</sup> Cámara en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, 15 de diciembre de 2003, "Comunidad Mapuche Huayquillan c/Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva, considerando I.

<sup>48</sup> Decidido por la jueza federal Eva L. Parcio de Comodoro Rivadavia, el 25 de junio de 2004.

el 24 de agosto de 1998 a solicitud de dicho banco, un poblador mapuche de la zona del Lago Musters, perteneciente a la comunidad Huenofil de la provincia de Chubut, le solicitó a la jueza Federal Eva Parcio que dispusiera la suspensión de la ejecución de la subasta sobre sus tierras. En el marco de este pedido la magistrada decidió declarar de oficio la nulidad del proceso de ejecución especial. El fundamento de su decisión se basó en que tanto las normas de rango constitucional como legal son claras al establecer que las tierras pertenecientes a las comunidades indígenas son *inembargables e inejecutables*. En esta línea expresó: "Si bien el título que se invoca es de los que resultan hábiles para la apertura de un proceso ejecutivo [...], el bien sobre el que versa [...] no puede ser objeto de procedimientos de ejecución como el que se sustanció. El rango de las normas con las que colisiona el proceso así sustanciado amerita un pronunciamiento nulificante de oficio".<sup>49</sup>

#### 4.3.3 Adjudicación de tierras tradicionales a favor de no indígenas

En "Nazabal, Martín c/ Cerboni y Bolliat, Federico y Otro s/usucapión s/casación"<sup>50</sup> y en "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta"<sup>51</sup> se discutió la legitimidad de la entrega de tierras comunitarias en favor de particulares no indígenas. Con diversos fundamentos y en contextos sustancialmente diferentes, los jueces intervinientes impidieron que las tierras quedaran en manos de personas ajenas a las comunidades.

En el primer caso, Elvio Andrés Pasos, miembro de una comunidad indígena que habita en la provincia de Río Negro, interviene como tercero en un proceso judicial en defensa de su territorio. Mediante un recurso ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia reclamó que se deje sin efecto la sentencia de segunda instancia que hizo lugar a una acción de usucapión sobre un campo planteada por Martín Nazabal contra Federico Bolliat. En el momento de constituirse como tercero interesado en el proceso solicitó el rechazo de la demanda, el reconocimiento de su posesión sobre el campo y de sus derechos provenientes del artículo 75, inciso 17 y de las leyes provinciales.

<sup>49</sup> *Ibidem*, considerando 3.

<sup>50</sup> Decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, a cargo de los jueces Luis Lutz, Alberto Balladuj y H. Soderro Nievas, el 9 de junio de 2004, Exped. 18648/03, publicado en <elDial.com A421E5>.

<sup>51</sup> Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 28 de noviembre de 2003, publicado en <www.csjn.gov.ar>.

Los miembros del Superior Tribunal hicieron lugar al recurso y revocaron la sentencia entendiendo que la decisión del Tribunal de apelación contenía una interpretación equivocada sobre la posición de tercero de Elvio Pasos, quien se presentó en el proceso con el solo fin de evitar que se consagraran derechos de propiedad en favor de Martín Nazabal. En cuanto a las pretensiones propias sobre el territorio, puntualizaron que como su participación se limitaba al carácter de un tercero, no era ésta la vía procesal adecuada para decidir sobre su derecho a la tierra. Sin embargo, dejaron a salvo que “esos derechos bien pueden ser ejercidos [...] en otro proceso posterior, donde deberán ser adecuada y sustantivamente ponderados en todos sus alcances dentro de la letra y el espíritu de esa normativa enmarcada en la reforma constitucional de 1994, en especial los arts. 13 a 19 del Convenio n° 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales”.<sup>52</sup>

En el segundo de los casos, la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat interpuso un recurso de queja —a raíz del rechazo del recurso extraordinario por el tribunal provincial— ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la decisión del Tribunal Superior de Salta que convalidó la entrega de nueve fracciones de tierras efectuada por el Ejecutivo provincial, en favor de algunas familias criollas y en supuestas comunidades aborígenes, mediante un procedimiento irregular, en el año 1999. Estas tierras son reivindicadas como propias desde el año 1991 por el pueblo Wichí y otros pueblos que allí habitan.

La Corte, haciendo suyos los argumentos del Procurador General de la Nación, descalificó integralmente la decisión de la Corte de Salta al considerar que ésta: 1) convalidó la conducta del gobierno pese a que estaba pendiente de resolución un recurso administrativo contra el decreto que dispuso la entrega de las fracciones; 2) omitió valorar un Acta Acuerdo que había sido celebrada entre la Dirección General de Adjudicaciones de Tierras Fiscales y miembros de las comunidades, en la que la provincia se comprometió a adjudicar las tierras sin divisiones y mediante título único de propiedad; y 3) pasó por alto la necesaria aplicación al caso de una norma local que establece el modo en que debieron ser notificadas las comunidades del procedimiento de entrega de las fracciones de tierra, remarcando que, la ausencia de notificación en la forma establecida por dicha norma, implica la violación de la garantía de defensa en juicio de

<sup>52</sup> STJ Río Negro, 9 de junio de 2004, “*Nazabal, Martín c/ Cerboni y Bolliat, Federico y Otro s/ usucapion s/casación*”, publicado en <elDial.com AA21E5>, en la respuesta que da el doctor Lutz a la segunda cuestión.

las comunidades.<sup>53</sup> De este modo, declaró arbitraria la decisión de la Justicia salteña, la dejó sin efecto, ordenando que el expediente vuelva al tribunal de origen para que se dicte una nueva decisión, esta vez con arreglo a los argumentos expresados por el máximo tribunal.

#### 4.3.4 Desalojos

El caso "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo"<sup>54</sup> es, sin dudas, el ejemplo más valioso de este período en lo referido al respeto de los derechos de los pueblos indígenas. No sólo deja establecido, en una sentencia favorable a la Comunidad Kom Kiñe Mu, de la reserva de Anca-lao, que los pueblos indígenas jamás pueden ser desalojados de sus tierras ancestrales, sino que también establece los estándares más altos y los criterios más amplios en materia de derechos de los pueblos indígenas.

El juez rechazó la demanda de desalojo, planteada por la familia Sede en contra de la familia Vila y Napal, manifestando que los integrantes de la comunidad ostentan un título legítimo para poseer, en tanto su ocupación en la Sección IX de Río Negro había sido ya reconocida por ley. Pero, además, y con acierto, resaltó: "de todos modos, el desalojo es improcedente porque la posesión de los demandados es necesariamente anterior a los títulos de los actores ya que incluso es anterior a la formación misma del Estado que los confirió".<sup>55</sup>

La sentencia contiene algunos temas relevantes que es importante mencionar aquí. El juez dejó sentado que:

- a. Para ejercer los derechos sobre las tierras tradicionales no es una precondition contar con una personería jurídica previamente reconocida.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Esta decisión se produjo en el momento en que los alrededor de 6000 indígenas y 600 familias criollas, que habitan en ese territorio, mantienen sucesivas reuniones con autoridades nacionales y provinciales de distintos organismos, con el fin de elaborar una propuesta técnica de distribución de esas tierras. Ello se lleva a cabo en el marco del proceso de solución amistosa que se está desarrollando, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desde hace casi cuatro años, entre la Asociación de comunidades indígenas, patrocinada por el CELS y el CEJIL, y el Estado Argentino.

<sup>54</sup> Decidido por el juez Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 De Bariloche (Río Negro) Emilio Riat, el 12 de agosto de 2004, publicado en <http://www.eldial.com.ar>.

<sup>55</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 De Bariloche (Río Negro), 12 de agosto de 2004, "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo", publicado en <<http://www.eldial.com.ar>>, considerando 7°.

<sup>56</sup> *Ibidem* considerado 2°

- b. Debe prevalecer el criterio amplio de definición del indígena puesto que rige, en nuestro país, el artículo I del Convenio 169/1989 de la OIT aprobado por la ley 24.071.<sup>57</sup>
- c. La posesión comunitaria de los pueblos indígenas nada tiene que ver con la posesión individual del Código Civil.<sup>58</sup> “La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”.<sup>59</sup>
- d. Los derechos territoriales reconocidos en el artículo 75, inciso 17 son plenamente operativos.<sup>60</sup>
- e. El derecho de posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria está definido por el hecho de que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar más allá de que “hayan nacido o no en el lugar específico, hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable”.<sup>61</sup>

#### 4.3.5 Imputaciones penales. Criminalización del ejercicio de los derechos indígenas

Los casos “Fernández, Edgardo R. s/dcia”<sup>62</sup> y “Nahuelquir, Rosa S. y otro c./Compañía de Tierras Sud Argentino S.A.”<sup>63</sup> más allá de sus propias peculiaridades, constituyen una muestra de un incipiente proceso de criminalización de las reivindicaciones indígenas. Si bien en ambos casos los imputados fueron sobreseídos, su mera persecución penal implica necesariamente una grave afectación a los derechos indígenas puesto que se

<sup>57</sup> *Ibidem*, considerado 2º, en especial la cita de Anne Deruyttere: “Nativos en números”, BID América, septiembre-octubre de 1999.

<sup>58</sup> *Ibidem*, considerando 3º.

<sup>59</sup> *Ibidem*, considerando 4, citando a ponencia conjunta de Jorge Alterini, Pablo Corna y Alejandra Vázquez en la XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

<sup>60</sup> *Ibidem*, considerando 3º.

<sup>61</sup> *Ibidem*,

<sup>62</sup> Fallado por el Juzgado de Instrucción N° II de San Carlos de Bariloche (Río Negro), a cargo de Marín Lozada, Secretaría IV, el 21 de abril de 2004, publicado en <elDial.com AA214A>.

<sup>63</sup> Decidido por el Juzgado en lo Correccional de Esquel, el 31 de mayo de 2004, publicado en LLPatagonia 2004 (agosto), 472, <www.laleyonline.com.ar>.

los somete a un proceso penal, con todos los efectos que ello conlleva, por el ejercicio efectivo de sus derechos específicos, reconocidos constitucionalmente. Esto supone, a su vez, una intimidación que pretende contener o limitar las acciones de reclamos de sus derechos.

En el primero de ellos, a Leopoldo Villar, integrante de la comunidad mapuche, se le imputó la destrucción de parte del alambrado de un terreno y la inclusión en él de entre seiscientos y mil cabezas de ganado. El terreno pertenecía presuntamente al denunciante, aunque en el expediente sólo aportó un permiso de ocupación precaria del año 1986, con una vigencia de un año, a nombre de su padre.

Al prestar declaración indagatoria el imputado confirmó su pertenencia a la Comunidad Mapuche y haber nacido en el mencionado campo, reivindicando así sus derechos sobre una porción de tierra. Asimismo, destacó que su modo de supervivencia era cuidar a los animales, los que siempre se habían encontrado allí.

El magistrado analizó que, con el fin de tipificar una conducta bajo el delito de usurpación, resulta necesario que el despojo sea ejercido sobre tierra ajena. Es decir, el autor del delito debe poseer pleno conocimiento de la ajenidad de la tierra. Siguiendo este razonamiento destacó que la titularidad del campo se encontraba en litigio y que mientras la Comunidad de Villar "desde hace décadas que detenta la tenencia del campo, sobre la base del derecho originario que les corresponde a los antiguos pobladores"<sup>64</sup> el denunciante sólo presentó un permiso de ocupación precaria, vencido hace años y a nombre de otro. De este modo, el titular del juzgado sobreesayó al imputado concluyendo que el tratamiento de la cuestión resultaba ajeno al derecho penal, reforzando así su visión del derecho penal como la última ratio del sistema.

Por otro lado, Rosa Rúa Nahuelquir y Atilio Curíñanco, miembros del pueblo Tehuelche-Mapuche, debieron sobrellevar, a fines de mayo de 2004, un juicio oral y público en la ciudad de Esquel, acusados de haber cometido el delito de "usurpación". Este proceso se originó en una denuncia presentada por la empresa "Compañía Sud Argentino Sociedad Anónima", cuya dueña es la textil italiana Benetton, quien los acusó de haber ingresado y posteriormente haberse asentado, mediante el uso de violencia, en el predio identificado como cuadrado Santa Rosa. El juez penal, antes de expedirse sobre la culpabilidad del delito, a pedido del demandante, ordenó el desalojo preventivo de la familia.

<sup>64</sup> *Op. cit.*, considerando único.

Si bien finalmente el matrimonio fue sobreseído, la compañía se constituyó como actor civil en este mismo proceso y solicitó al juez, a través de una acción de restitución, que se pronunciara también sobre la titularidad de las tierras. El matrimonio mapuche se defendió del planteo civil expresando que habían ocupado tales tierras en razón de que el Instituto Autárquico de Colonización de la Provincia, en lugar de brindarles una respuesta por escrito a su solicitud de ocupar el predio, les había expresado verbalmente que si realizaban mejoras en el lugar podrían obtener un permiso de ocupación. Además, alegaron que el título de propiedad aportado por la empresa adolecía de serias irregularidades legales, al provenir de una donación efectuada por el entonces presidente de facto, José Evaristo Urriburu, ante un escribano público de la capital y no de la nación como lo exigían las leyes de la época. Finalmente, resaltaron la obligación constitucional del Estado de entregar tierras aptas para aborígenes.

Pese a ello, el juez resolvió la entrega definitiva de las tierras a la empresa, principalmente entendiendo que se hallaba acreditada la titularidad de las tierras en cabeza de la compañía y desestimó la mayoría de los argumentos de la defensa por considerarlos planteados fuera de los plazos legales.

#### 4.3.6 Participación en la gestión de los recursos naturales

En el caso "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c/ Secretaría de Medio ambiente y desarrollo Sustentable s/ Amparo-recurso de apelación"<sup>65</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a reiterar su criterio en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas "a la participación en la gestión vinculada a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten están asegurados por la Constitución Nacional".<sup>66</sup> En idéntico sentido se había expresado ya en el marco de una decisión anterior en la misma causa.<sup>67</sup>

En esa oportunidad debió resolver un recurso interpuesto por la Comunidad contra el pronunciamiento de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta que había autorizado el desmonte de inmuebles rurales, situación

<sup>65</sup> CSJN, 8 de septiembre de 2003, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo-recurso de apelación", publicado en <www.csjn.gov.ar>.

<sup>66</sup> *Ibidem*, considerando n° 8.

<sup>67</sup> Cfr. CSJN, 11 de julio de 2002, "Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T'Oi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T'Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable", publicado en <www.csjn.gov.ar>.

que impactaba negativamente sobre aquélla. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó en aquel momento la sentencia del tribunal y le ordenó que se pronunciara nuevamente ponderando en esta ocasión "si se había respetado lo dispuesto por el artículo 75, inciso 17 de la Constitución".<sup>68</sup>

#### 4.3.7 Derecho a la participación

Finalmente, en el caso "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia de Neuquén"<sup>69</sup> los integrantes del Superior Tribunal de Justicia de la provincia rechazaron la medida cautelar solicitada por la comunidad para que se suspendieran las elecciones de autoridades municipales del 6 de junio de 2004. Los Mapuche Catalán afirmaron que de llevarse a cabo el acto electoral convocado se obligaría a los miembros de las comunidades indígenas a participar, bajo pena de ser sancionados, de una práctica dañina para la preservación de su propia cultura, en violación de disposiciones constitucionales y supranacionales y concluyeron que el Estado omitió, al sancionar la ley de creación del Municipio, garantizar la participación de los pueblos indígenas de conformidad con sus obligaciones legales.

En su decisión, los jueces afirmaron que los actores no lograron desvirtuar, con el grado de certeza indispensable para el favorable curso de la protección cautelar, la presunción de constitucionalidad y validez que revisten los actos de los poderes públicos. Manifestaron también que, al tiempo que los constituyentes reconocieron los derechos de los pueblos indígenas, determinaron otros derechos y obligaciones que pesan sobre los habitantes, destacando en tal sentido que el sufragio es universal y obligatorio.

#### 4.3.8 Breve análisis de los pronunciamientos judiciales

Es posible afirmar que, más allá de que algunas de estas sentencias acogieron favorablemente las pretensiones de los indígenas, los recursos legales existentes en el ordenamiento jurídico no son eficaces para resguardar adecuadamente las tierras ancestrales y los derechos singulares de los pueblos indígenas.

La ausencia de reglamentación de las disposiciones constitucionales, supranacionales y legales, así como de procedimientos específicos que

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, integrado por Jorge Oscar Sommariva, Marcelo J. Otharan, Arturo E. González Taboada, Roberto O. Fernández, Eduardo José Badano, Expte. 1090-2004, el 3 de junio de 2004.



regulen los derechos indígenas redundando en la multiplicación de criterios y posiciones jurisprudenciales para tratar escenarios similares. De hecho, en algunos casos fueron utilizadas posturas exactamente opuestas a los establecidos por el juez Emilio Riat, en el caso "Sede", para rechazar las demandas indígenas.

Otra cuestión sumamente relevante para destacar y llamar la atención es que, aun en aquellas decisiones judiciales que culminaron garantizando los derechos de las comunidades, o de sus miembros, se insiste en la aplicación de institutos jurídicos que, en su naturaleza y origen, resultan totalmente extraños a las costumbres y tradiciones indígenas, dejan fuera el derecho consuetudinario y, en no pocas ocasiones, implican una seria limitación a sus derechos.

Vemos entonces que el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas tiene pendiente una importante evolución. Aunque en la mayoría de los casos analizados el Poder Judicial se ha instituido como último garante de la vigencia de estos derechos, en ciertos casos no ha sabido articular la forma de vida indígena con la normativa legal. En otros, directamente, se los ha negado de forma arbitraria e inconstitucional.

## 5. Conclusiones

Hemos presentado aquí un resumen de la situación de los pueblos indígenas en Argentina durante este último año, el cual, recordemos, es especialmente importante al cumplirse una década de la incorporación de los derechos indígenas en la Constitución Nacional.

En relación con ello, por un lado, los conflictos de las comunidades indígenas han cobrado mayor visibilidad y aparecen reiteradas denuncias contra los incumplimientos gubernamentales en la escena pública. Esta mayor visibilidad, no obstante, no pocas veces ha venido de la mano de pedidos de desalojo contra las comunidades, de la persecución penal a sus miembros y de hostigamientos a los defensores de indígenas. Por otro lado, los pueblos indígenas todavía no han alcanzado el grado de autonomía que les reconoce la normativa interna y la supraestatal.

Si ponemos la mirada sobre el papel que cumplieron los tres poderes del Estado para atender la problemática de los pueblos indígenas, vemos que la política continúa siendo predominantemente asistencialista y que no existe una política federal concreta que, en tanto política de Estado, en aplicación del reconocimiento constitucional y la singularidad de los pueblos indígenas, haga realidad los derechos sobre sus tierras tradicionales y

los recursos naturales, y adopte medidas especiales tendientes a tutelar las necesidades específicas de los pueblos indígenas.

En tal sentido, el INAI no reviste todavía el estatus que le ha sido asignado legalmente, su presupuesto es realmente escaso para concretar apropiadamente las actividades a su cargo y tiene serios inconvenientes de inexecución presupuestaria. La puesta en marcha del Consejo Coordinador de Pueblos Indígenas es, a esta altura, una petición reiterada tanto desde las comunidades como desde el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Al mismo tiempo, la personería jurídica reconocida a las comunidades genera una situación ambigua porque aunque son registradas como "comunidades indígenas" quedan sujetas a normas y controles que contradicen el reconocimiento constitucional. Por otra parte, el reconocimiento efectivo del derecho a la tierra y al territorio, ante la ausencia de un Plan Nacional de Regularización, constituye una de las cuestiones pendientes más graves en relación con las obligaciones constitucionales del Estado argentino. Las políticas dirigidas a las comunidades, a su vez, se caracterizan por su marcado asistencialismo y por la falta de consideración de las particularidades de sus derechos, es decir, sus identidades culturales.

Las modificaciones al marco legal vigente promovidas desde el Poder Legislativo, son insuficientes para hacer plenamente efectivos los derechos constitucionales. Los proyectos presentados durante este período dan cuenta de una incipiente actividad de nuestros legisladores y reflejan el grueso de situaciones y conflictos pendientes de resolución eficaz. Sin embargo, como la mayor parte de ellos no ha recibido tratamiento legislativo corren el riesgo de quedar, como en años anteriores, en meras expectativas.

Finalmente, si bien el Poder Judicial, en los pocos casos que ha intervenido en este período, ha acogido favorablemente algunas peticiones de los pueblos indígenas, especialmente en lo que hace al resguardo de sus tierras tradicionales, las decisiones judiciales revelan la falta de evolución del derecho de los pueblos indígenas, la distancia entre la realidad de las comunidades y la normativa que se utiliza para resolver los conflictos y la proliferación de diversos criterios y posiciones jurisprudenciales para tratar escenarios similares.