

## **La normativa nacional acerca de los pueblos originarios, y el concepto de propiedad; una mirada desde el multiculturalismo**

por

**Sergio R. Núñez y Ruiz-Díaz**  
Facultad de Derecho – U.B.A.

Sumario: 1. Introducción; 2. Estructura y análisis de la norma; 3. De la ocupación y propiedad de la tierra; 4. Análisis desde el Derecho Constitucional actual, 5. Análisis desde la Jurisprudencia Nacional e Internacional; 6. Análisis desde la Jurisprudencia Nacional e Internacional; 7. El concepto de multiculturalismo según Habermas y su aplicación a los Pueblos Originarios 8. Conclusiones desde los Derechos Sociales

El objetivo de esta breve investigación es analizar el concepto de propiedad de los pueblos originarios en nuestra normativa actual, que se encuentra reflejada en la Ley Nacional N° 23.302/85 por la que se instituyó la Comisión Nacional de asuntos indígenas; y bajo la óptica de los Derechos Constitucional y el concepto de multiculturalismo.

### **1. Introducción:**

La Ley Nacional N° 23.302/85 por la que crea la Comisión Nacional de asuntos indígenas, es una de las primeras de nuestro país que trata en forma integral sobre la temática de la propiedad indígena.

La misma, que fuera sancionada en septiembre de 1985, consta de un breve articulado (25), dividido en nueve Capítulos, a saber: el primero (I) en el que se destacan los objetivos de la norma (Art. 1°), el segundo (II) que trata de las comunidades aborígenes (Arts. 2° a 4°), el III, de la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (Arts. 5° y 6°), el IV que se dedica a la adjudicación de

tierras (Arts. 7° a 13°); el V sobre los planes de educación (Arts. 14° a 17°); el VI relativo a los planes de salud (Arts. 18 a 21°), un VII Capítulo que trata de los derechos previsionales (Art. 22°), el VIII acerca de planes de vivienda (Arts. 23° y 23° bis) y por último un capítulo IX, que regula los recursos para poder ayudar a las comunidades indígenas (Art. 24). El último de los artículos es de forma<sup>1</sup>.

## **2. Estructura y análisis de la norma:**

Comprobamos que en la normativa en estudio, se encuentran los mismos fines aunque expresados en otros términos, del legislador hispano. Así el artículo 1° expresa que: “Declárese de interés nacional 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. A ese fin, se implementarán 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.”

El artículo 14° establece que los planes de educación: “deberán resguardar y revalorizar la identidad histórico-cultural de cada comunidad aborígen, asegurando al mismo tiempo su integración igualitaria en la sociedad nacional.”

Por su parte el artículo 16° de la norma en estudio, que respecto de la educación y cultura, establece que:

“La enseñanza que se imparta en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas asegurarán los contenidos curriculares previstos en los planes comunes y además, en el nivel primario se adoptará una modalidad de trabajo consistente en dividir el nivel en dos ciclos: en los tres primeros años, la enseñanza se impartirá en la lengua indígena materna correspondiente y se desarrollará como materia especial el idioma nacional; en los restantes años, la

enseñanza será bilingüe. Se promoverá 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. Los establecimientos primarios ubicados fuera de los lugares de asentamiento de las comunidades indígenas, donde existan niños aborígenes (que sólo o predominantemente se expresen en lengua indígena) podrán adoptar la modalidad de trabajo prevista en el presente artículo.”

La normativa actual trata de alcanzar una integración y respeto más integral al detallar las formas y planes de estudio impartidos a los aborígenes, no de manera genérica como indican las leyes de Indias, ni basadas en la enseñanza de la religión.

Nuestra norma, prevé en su artículo 2º que: “A los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país. Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad. La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación.”

Se asimila a las diferentes comunidades indígenas a las personas jurídicas, en los términos de los artículos 32 y 33, 1º y 2º Párrafos del Código Civil, que establecen que: “Artículo 32. Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas. y Artículo 33, 1º y 2º: “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; “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>2</sup>

En el caso de referencia, la mayoría de las comunidades aborígenes no tienen estatutos, pero sí como objeto de su existencia el bien común de sus integrantes, poseen patrimonio determinado – como se verá- y son capaces de adquirir bienes. Asimismo, para su funcionamiento tiene como requisito la autorización previa del Estado Nacional, con lo cual son verdaderas asociaciones bajo la óptica del derecho Civil.

Por ello, los artículos 3° y 4° de la Ley 23.302 prevén el accionar de las diferentes comunidades aborígenes en función de las decisiones tomadas por las mayorías del grupo – al igual que lo haría una asociación o sociedad civil-, sin tener en cuenta a sus jefes “naturales” o la forma de representación comunal particular que de tiempo inmemorial rige a cada etnia.

El artículo 3° expresa respecto de la inscripción de las comunidades que las mismas: “serán solicitadas haciendo constar el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, la pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los demás elementos que requiera la autoridad de aplicación.”

Dicha norma se ve reforzada por el artículo 4° al disponer que: “entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente”.

Introduce, así, elementos extraños –los de mayoría y representación- tanto a la tradición indígena como al Derecho Indiano, una construcción ideológica que pertenece más al Iluminismo del siglo XVIII que a las tradiciones culturales aborígenes, que consideran otros tipos de representación.

Los capítulos VI y VI de la normativa en estudio están dedicados a la salud y seguridad social de las comunidades indígenas. Al respecto el artículo 18° establece que: “La autoridad de aplicación coordinará 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. Se promoverá la formación de personal especializado para el cumplimiento de la acción sanitaria en las zonas de radicación de las comunidades.”

El artículo 22° prevé el derecho a la jubilación ordinaria al expresar que: “El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, elaborará y elevará al Poder Ejecutivo un proyecto de ley que contemple el derecho a la jubilación ordinaria de este sector social. La reglamentación de esta ley determinará un porcentual de pensiones no contributivas que beneficiará a los componentes de las comunidades indígenas que reúnan los recaudos establecidos por la ley 13.337.”

Cabe señalar que no existe, a la fecha, ninguna norma específica que trate sobre la problemática indígena respecto a las jubilaciones y pensiones, rigiéndose las mismas por la normativa general (Ley 24.241/94 y concordantes).

Con relación al trabajo, el artículo 12° inciso a) prevé que los adjudicatarios de tierras aborígenes “están obligados a radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar.”

Respecto al fomento laboral, corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, según consta de su artículo 6° “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”.

Actualmente, por la reforma de la Ley 25779/03, el incorporado artículo 23° bis expresa: “Promuévese en el marco de la presente ley, la conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes, considerando los siguientes aspectos relacionados con la generación de la infraestructura social básica y el posicionamiento económico de base primaria:

a) Desarrollo de nuevas destrezas aplicables a los proyectos sociales, a través de la capacitación laboral;

- b) Incorporación de mano de obra propia; y
- c) Desarrollo de la cultura y fomento de la autogestión comunitaria; y
- d) Respeto y adaptación de las técnicas y costumbres de cada comunidad.

Con relación a los artículos 5° y 6°, que crean el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, cuyas funciones son las de “Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de los objetivos...Dictar su reglamento funcional,...Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas ...Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud;...y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.”

Concretamente los miembros del Consejo de desarrollo, que tienen activa participación en todo lo que atañe a la problemática en estudio, como un organismo tuitivo de los derechos aborígenes.

### **3. De la ocupación y propiedad de la tierra:**

Los artículos que atañen ala ocupación y propiedad de la tierra son los que corresponden al VI capítulo de la Ley 23.302:

“DE LA ADJUDICACION DE LAS TIERRAS”, disponiendo el artículo 7° que la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo. La adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares. La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios.”

Del análisis del mismo se infiere, tal como hemos señalado, que se otorga la titularidad del dominio a la comunidad indígena en primer término y en segundo al poblador individual, sin especificar quién o quienes son los titulares del dominio.

No hay duda en lo que respecta al titular individual, que podría ser cualquier poblador indígena o no (parientes agnados o cognados) que cumplan con los requisitos de la norma. Por lo general los miembros de las comunidades indígenas se insertan en un mismo grupo familiar, o con vínculos interparentales que conforman las diversas etnias de nuestro país.

Respecto de las comunidades indígenas, la norma específicamente alude a un régimen de propiedad colectivo, contrario a lo dispuesto por los artículos N° 2506 y 2508 del Código Civil, que prevén, el primero, que el dominio es: “el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” y el segundo, que el mismo es exclusivo, “dos personas no pueden tener cada una el dominio de una cosa, mas pueden ser copropietarias en común de la misma por la parte que cada una pueda tener.”<sup>3</sup>

Lo más parecido a una propiedad comunitaria en nuestro ordenamiento civil es el condominio, establecido en el Artículo 2673 de Código Civil: “El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble.” Estableciendo que el mismo: “...”se constituye por contrato, por actos de última voluntad, o en los casos que la ley designa. (conf. Art. 2675 C.C.).-”<sup>4</sup>

Consideramos que esta es la circunstancia particular de la propiedad indígena: un condominio – derecho real de varias personas por una parte indivisa establecida por Ley.

Pero no podemos clasificarlo como condominio pleno, ya que el artículo 11° establece que: “Las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta ley son inembargables e inejecutables. Las excepciones a este principio y al solo efecto de garantizar los créditos con entidades oficiales serán previstas por la reglamentación de esta ley. En los títulos respectivos se hará

constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento.”

Dicha circunstancia fue consolidada por la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que en su artículo 75 inciso 17 aparte de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, al señalar “la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargo. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”<sup>5</sup>

El tipo de propiedad colectiva era frecuente en la antigüedad y tenía como fin mantener una propiedad ya sea en cabeza de un grupo particular de personas, ya sea familiar o comunal.

Según la ley en estudio, están obligados a radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar: “...no vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexas las parcelas sin autorización de las autoridad de aplicación. Los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma serán reputados nulos a todos sus efectos y observar las disposiciones legales y reglamentarias, y las que dicte la autoridad de aplicación, relativas al uso y explotación de las unidades adjudicadas. (conf. art. 12º citado ut supra).”

La propiedad indígena, está exenta de gravámenes ya que su artículo 9º expresa que: “La adjudicación de tierras previstas se efectuará a título gratuito. Los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales y libres de gastos o tasas administrativas. El organismo de aplicación gestionará exenciones impositivas ante los gobiernos provinciales y comunales. El Poder Ejecutivo dispondrá la apertura de líneas de créditos preferenciales a los adjudicatarios para el desarrollo de sus respectivas explotaciones, destinados a la adquisición de elementos de trabajo,



semillas, ganado, construcciones y mejoras, y cuanto más pueda ser útil o necesario para una mejor explotación.”

También está previsto su fin productivo al disponer el artículo 10° que “las tierras adjudicadas deberán destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas. La autoridad de aplicación asegurará la prestación de asesoramiento técnico adecuado para la explotación y para la promoción de la organización de las actividades. El asesoramiento deberá tener en cuenta las costumbres y técnicas propias de los aborígenes complementándolas con los adelantos tecnológicos y científicos.”

Por último el artículo 13° prevé que “En caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio según su caso. En este supuesto la reglamentación de la presente, establecerá el orden de prioridades para su readjudicación si correspondiere. El miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad; los que le correspondieran quedarán en beneficio de la misma comunidad a que pertenecía.”

#### **4. Análisis desde el Derecho Constitucional actual:**

Dicho texto normativo fue reformado por la Ley 25.799, promulgada en noviembre de 2003, que introduce el Art. 23 bis. La idea fuerza del texto ahora vigente, se vierte en el párrafo en el que se pone el acento en la “conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes”.

La ley se enrola, en la política indígena más moderna, que inspira al Convenio de la OIT N ° 169 y al Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, según la reforma de 1994. Consecuentemente, como veremos luego, al referirnos a esos ordenamientos, queda atrás la tendencia hacia la absorción de las culturas autóctonas y se fortalece el criterio de respeto a la identidad indígena y de la preservación de su cultura.<sup>6</sup>

Se insertan los postulados del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, ya que que pues como tratado internacional integra el derecho positivo argentino, incluso con jerarquía superior a las leyes (Art. 75 inc. 22 C. N.).

Este Convenio, sobre “Pueblos indígenas y tribales”, que revisa el Convenio 107, fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo n ° 76, celebrada en Ginebra. Entró en vigencia, en el orden internacional, el 5 de septiembre de 1991, doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros fueron registradas por el Director General, conforme se dispuso en el Art. 38 inciso 2) de la Convención. Para la República Argentina, rige desde el 3 de julio de 2001, doce meses después de la fecha en que fue registrada su ratificación (Conf. Art. 38 inciso 3 de la Convención). En efecto, si bien el Convenio fue ratificado por el Congreso Nacional mediante la Ley 24.071, el Poder Ejecutivo demoró su implementación. Incluso fue infructuoso el amparo judicial que se promovió, para activar el depósito, “en nombre de los Pueblos Indígenas, sus organizaciones y comunidades”, contra el Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.” Concretándose el depósito recién el 3 de julio de 2000.”<sup>7</sup>

A diferencia del anterior Convenio 107 de la OIT de junio de 1957,<sup>8</sup> que respondía a la política de “integración progresiva” de las comunidades indígenas, y consideraba disvalioso que no se hallaran “integradas todavía” a las colectividades nacionales, el Convenio 169/89, se inclina por postular el reconocimiento de “la diversidad cultural” y, a través de ella, propender a “la prevención de la discriminación” con el confesado fin de: “...eliminar la orientación hacia la asimilación...” a la que tendían las normas anteriores del Convenio 107.<sup>9</sup>

Para justificar la revisión, se invoca también que: “...la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia...”.

En el trasfondo del Convenio 107 subyace la suposición de que el mundo moderno absorbería a las culturas históricas que en ese sentido no se prolongarían en el tiempo. Muy por el contrario, el Convenio 169 parte de concebir a las comunidades indígenas como grupos culturales perdurables, aunque emplazados “dentro del marco de los Estados en que viven”.

Una diferencia relevante lo constituye el reemplazo del vocablo “poblaciones” por el de “pueblos”. Como muy bien lo precisó Arturo Bronstein, la sustitución del término poblaciones indígenas por el de pueblos indígenas, importa: “mucho más que un cambio de lenguaje.”<sup>10</sup>

Mientras que el Convenio 107 de la OIT se refiere a las poblaciones indígenas y tribuales, los grupos indígenas insisten en que se los reconozca como pueblos, término que fue acogido en el Convenio 169. Para los grupos indígenas el término poblaciones posee connotaciones peyorativas, o cuando menos restrictivas pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a una sociedad dominante.

En contraste, el término pueblo tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales”.

Sin embargo, para dejar fuera de las disputas que podría arrastrar en la interpretación del vocablo “pueblos”, por carecer de sentido unívoco, el Art. 1° del Convenio 169, en su apartado 3), reza: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

El desaliento de la pretensión de absorción de los pueblos indígenas por la colectividad nacional, explica diversas previsiones del Convenio 169 y ello acontece con el tema específico de las tierras, el que es abordado en su Parte II y comprende los Arts.13 a 19. De este modo se explica la contundencia del art. 13: “Al aplicar

las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

La comparación de los términos del Convenio 169 con los que empleaba el Convenio 107, nos convence de que ya no es sostenible que el sujeto de la propiedad indígena pueda ser una persona humana determinada, lo que no obsta a que la propiedad reconocida individualmente con anterioridad al nuevo marco normativo deba ser respetada como derecho adquirido. El Art.11 de la vieja Convención 107, reconocía explícitamente, además de la propiedad colectiva, el derecho de propiedad “individual” y lo hacía “a favor de los miembros de las poblaciones”.

El contraste es notorio con el Art.14 de la Convención vigente, pues allí el reconocimiento es a “los pueblos interesados”, en concordancia con el Art.13 “in fine” reproducido, que pone el acento en “los aspectos colectivos de la relación de los pueblos con las tierras o territorios”.

La consagración de cada uno de los pueblos como exclusivo sujeto titular del derecho a las tierras, es una línea conceptual invariable, pues se reitera en todos los artículos restantes de la Parte II (Arts.15 a 18) de la Convención 169.

En verdad, la Convención 169 no plantea la alternativa entre propiedad individual y colectiva (o comunitaria), a diferencia de la N° 107 que sí lo hacía, y es obvio que ello obedece a que descarta la propiedad indígena individual, pues el único titular que admite es el pueblo interesado, y ello, en todos los artículos atinentes a las tierras. Es de toda lógica, que si el único sujeto es el pueblo interesado, mal pueden existir derechos de propiedad particular en favor de individuos a los que aisladamente no se les reconoce la condición de sujetos de esa titularidad.

Al respecto, desde la OIT Arturo Bronstein manifestó: “*Dentro de las especificidades de la cultura indígena la más conocida es sin duda la relación que el indígena mantiene con su tierra ancestral.*”

*En la cosmovisión maya el Sol es el padre, la Luna es la abuela y la Tierra es la madre; en idioma tzotzil la palabra 'hombre' (Swinkilel Lum) significa 'el que posee tierra'; en el Sur del Continente el pueblo mapuche se autoidentifica como gente (che) de la tierra (Mapu). Para la cultura indígena la tierra ancestral es fuente de vida y es parte esencial de su identidad; por eso mismo la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos. Sin duda la mayor oposición que puede existir entre la cultura jurídica europea y la indígena es la manera como una u otra aborda el tema de la tenencia de la tierra. Si en la primera la tierra pertenece a la persona en la segunda es la persona o con mayor propiedad el grupo étnico que en cierto sentido pertenecen a la tierra. De ahí que, si para la primera un conflicto en torno de la tierra se limita a la disputa por un terreno, grande o pequeño y más o menos explotable, para la segunda puede significar toda la razón de su identidad e inclusive su supervivencia. Sin embargo, el orden jurídico dimanante de las constituciones decimonónicas jamás tomó en consideración esta diferencia de concepciones, limitándose a afirmar el derecho irrestricto de propiedad individual con respecto a aquellas tierras que tenían un dueño registrado como tal, y confiriendo al Estado la propiedad de las tierras baldías. De ahí que la exigencia de que las tierras y el territorio ancestrales sean objeto de un trato jurídico conforme a los valores de los pueblos indígenas, y por ende diferente del que prescribe el Código Civil, figura y ha figurado desde siempre en el centro de todas las reivindicaciones de los pueblos indígenas".<sup>11</sup>*

La eliminación del reconocimiento de la propiedad indígena a un sujeto individual, es explicable por el cambio de filosofía inspiradora de la Convención 169. Ya hemos expresado que mientras el Convenio 107 propendía a la absorción de las comunidades indígenas por la colectividad nacional y consiguientemente no descartaba la propiedad individual como

instrumento de esa absorción, el Convenio 169, con el confesado designio de propender a la perdurabilidad de los pueblos indígenas, también sería coherente sólo si se acepta que suprimió la protección de la propiedad indígena individual como un medio más para realizar sus objetivos.

La Convención 169 se ocupa de los derechos de los pueblos sobre las tierras, distinguiendo al efecto cuatro categorías jurídicas diferentes: 1) “Tierras que tradicionalmente ocupan” (Art.14 inc. 1º, primer párrafo); 2) “Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (Art.14 inc. 1º, segundo y tercer párrafos), 3) “Tierras adicionales...cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” (art.19 inc. a) y 4) Tierras sustitutas por traslado (Art.16 inc. 4º). Acerca de sus especiales características y demás herramientas tutelares (derecho de reivindicación, defensa posesoria, prevención y sanción, la costumbre e ignorancia de las leyes, la invocabilidad del error de derecho, el derecho al desarrollo de las tierras, el sistema de traslados, el derecho de regreso y la garantía de indemnización plena).<sup>12</sup>

La Constitución vigente, en el Art. 75 inciso 16 dice simplemente: “Proveer a la seguridad de la frontera”, repitiendo así el texto pertinente que contenía la Constitución de 1949.

Por otra parte, el Art.75 inciso 17, dispone: “Corresponde al Congreso:... 17): “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”.<sup>13</sup>

El texto constitucional transcrito fue aprobado por la Convención Nacional Constituyente de 1994 reunida en Santa Fe en su 29° reunión, el 11 de agosto de 1994 y su sanción definitiva precedida por un exhaustivo análisis de la cuestión indígena, traducida en numerosos proyectos individuales o grupales de los Constituyentes, que se reflejaron en sucesivos despachos de mayoría y minoría.<sup>14</sup>

Se trata de una norma directamente operativa y no simplemente programática. En la estructura del régimen de la propiedad indígena introducida por la Constitución Nacional pueden destacarse los diferentes conceptos:

a) **Sujetos.** Pueblos indígenas. Comunidades:

Está claro que los sujetos titulares de la garantía constitucional son los pueblos indígenas argentinos. La fraseología “pueblos”, recogida por la Constitución Nacional, responde a las más modernas concepciones plasmadas en la Convención de la OIT N°169, que fue permanente fuente de inspiración de los constituyentes y ya había sido ratificada en 1992 por la Ley 24.071, aunque entró en vigor para nuestro país con posterioridad a la Constituyente de 1994, esto es, el 3 de julio de 2001.

La ambivalencia de la Ley Fundamental, que alude ora a los “pueblos indígenas de la Argentina”, ora a “sus comunidades”, se justifica porque la titularidad que en abstracto les compete a los pueblos indígenas de la Argentina, se realiza en concreto a favor de las comunidades indígenas, quienes son, en definitiva, las titulares efectivas de la garantía de la propiedad comunitaria sobre las tierras.

No podía ser de otra manera, pues la “personería jurídica”, o con más precisión: personalidad jurídica, que reconoce el Art.75 inciso 17, lo es con respecto a las distintas “comunidades” de cada uno de los pueblos indígenas argentinos. La legitimación activa de la

persona jurídica “comunidad indígena”, ha sido aceptada por la jurisprudencia.<sup>15</sup>

**b) Objeto de la propiedad:**

En lo que atañe al objeto de la propiedad, aparte de las “tierras que tradicionalmente ocupan”, la Constitución apunta también a que el Congreso Nacional debe “regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”. Y a pesar de que una lectura sujeta a la estricta letra del Art.75 inciso 17 ° de la Constitución Nacional, podría sugerir que la protección alcanzaría exclusivamente a las dos categorías de tierras enunciadas, una interpretación más amplia, esclarecida por el texto de la Convención N ° 169 de la OIT, fuente invariable de los distintos proyectos de los constituyentes de 1994, permite concluir que, al igual que en la Convención N ° 169, la tutela comprende también las otras dos categorías abarcadas en ese instrumento internacional. Nos referimos a las “tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” y a las “tierras sustitutas”.

Las tierras que no están exclusivamente ocupadas por las comunidades indígenas, están a nuestro entender incluidas en la garantía constitucional, pues la referencia a “tierras que tradicionalmente ocupan”, del Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, tiene la suficiente generalidad, como para que podamos inferir que la ocupación tradicional puede ser de manera exclusiva o no exclusiva, máxime por la influencia en los constituyentes del Convenio 169 OIT.

Si se hubiera pretendido excluir de la tutela la ocupación tradicional, pero no exclusiva, debió incluirse una mención expresa que las dejara sin el resguardo de la Ley Fundamental.

El fin de dicho artículo garantiza la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, el respeto de su identidad y su desarrollo humano. De allí que la tutela que propiciamos tenga en su favor la autoridad de la previsión constitucional de las garantías



inherentes implícitas, que informa al Art. 33 de la Constitución Nacional.

**c) Calidad comunitaria.**

En las cuatro categorías de tierras enunciadas, expresa o implícitamente por el Art.75 inciso 17 de la Ley Fundamental, está presente, como característica invariable, el rasgo de que se trata de propiedades comunitarias. El sujeto de la tutela constitucional no es el indígena en cuanto individuo aislado, sino los pueblos aborígenes argentinos, a través de sus comunidades, como sujetos colectivos. La dicotomía propiedad individual y comunitaria no fue ignorada por los convencionales constituyentes y el repaso de las numerosas propuestas presentadas advierte acerca de que la elección de proteger sólo a la propiedad comunitaria fue deliberada. La Constitución, creemos, ha vaciado de contenido a la Ley 23.302, en lo concerniente a la propiedad individual.

Claro está, que la propiedad individual reconocida por la Ley 23.302 u otra norma local o decisión de autoridad pública que fuera adjudicada singularmente antes de regir la reforma constitucional de 1994, deberá ser respetada en su condición de derecho adquirido y si fuere necesario privar de ella al titular individual, será menester que se le resarzan todos los perjuicios que pudiere generar tal privación.

**5. Análisis desde el Derecho Constitucional:**

En el caso de nuestro país, la propiedad de los Pueblos Originarios es difícilmente respetada, confluyendo posturas doctrinarias definidas: la que se basan en el espíritu constitucional de 1853, de carácter individualista, y las que se basan en los Derechos Humanos y Tratados Internacionales.

Ejemplo de la primera serían las posturas de Omar Dalmazzo y Miguel Ángel Ekmedjián. En el caso del dr. Dalmazzo, en su "*Manual de Derecho Constitucional*", afirma que el inciso 17 del artículo 75 posterior a la reforma constitucional de 1994, no tiene

sentido debido a que los integrantes de las comunidades indígenas son argentinos y su “preexistencia” no determina el otorgamiento de ningún privilegio por sobre los demás habitantes de la Argentina. Manifiesta también que los términos por los que se obtiene la personería jurídica en relación a los intereses del grupo no difieren en el caso de las comunidades indígenas y debe regirse por la legislación común a toda la Nación.

El autor interpreta que la propiedad comunitaria “aparece como una forma de cercenar los derechos individuales y obstaculizar el desarrollo personal”, y para que bajo este sistema los integrantes de las comunidades indígenas estarían forzados a permanecer en la comunidad a la que pertenecen. Además concluye que el impedimento establecido referido a usar y disponer de la propiedad comunitaria se opone a los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y constituye un régimen excepcional al artículo 16 del mismo cuerpo legal que declara la igualdad ante la ley.<sup>16</sup>

Por su parte, el Dr. Miguel Ángel Ekmekdjian, en su: “Tratado de Derecho Constitucional,<sup>17</sup> comienza el tratamiento del art. 75, inc. 17 citando a otros dos autores argentinos, Juan Fernando y Gonzalo Segovia por su trabajo “La protección de los indígenas”, que forma parte de la obra colectiva “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994.” Los mismos recuerdan que el maltrato al indio anterior y posterior a la Constitución Nacional de 1853 implicó que nunca se verificara realmente la igualdad entre indígenas y criollos, lo que produjo un proceso de aculturación<sup>18</sup>.

Ekmedjián sostiene que la cláusula constitucional que consignada, no es operativa, en principio, pues tal condición sería generadora de innumerables conflictos que terminarían por desconocer cualquier pretensión indígena. Continúa afirmando que la preexistencia de las comunidades indígenas reconocida en la Constitución Nacional es una “obviedad” cuyo posible contenido reparador desde una perspectiva histórica es impropio en el texto de una constitución, que, por su naturaleza, posee otro tipo de objetivos<sup>19</sup>.

Coincide con la postura de Gonzalo y Juan Fernando Segovia en cuanto el nuevo texto constitucional podría interpretarse como “la

admisión de otra nación dentro de la Nación Argentina” y por ende significar más que pluralismo, la destrucción de la unidad del Estado.<sup>20</sup> Cita a Germán Bidart Campos quien, en opinión contraria, considera necesario un pluralismo que respete el derecho a la identidad y las diferencias de cada grupo que lo necesite<sup>21</sup>.

Ekmekdjian teme que el texto constitucional traiga aparejado graves consecuencias ante un posible conflicto intercultural entre normas jurídicas de orden público y normas jurídicas indígenas. Sostiene que no son claros los medios establecidos por el constituyente para que la identidad de los pueblos indígenas este garantizada. Y cree que es necesaria una ley especial que reglamente la personaría jurídica reconocida por la Constitución, que deje precisos los efectos de la misma y prevea “alguna estructura jurídica comunitaria”<sup>22</sup>.

Para Ekmekdjian al no existir en el Código Civil el concepto de “propiedad comunitaria” hace falta una ley que la defina, para saber el alcance de “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”; se pregunta si esta frase impide a las comunidades indígenas poseer tierras bajo el sistema de propiedad privada clásica y si no será punto de partida de innumerables conflictos. Con respecto a “otras tierras aptas para el desarrollo humano” interpreta que la Constitución Nacional se refiere a tierras fiscales o de particulares expropiadas, y duda de la supuesta insuficiencia actual de las tierras que poseen las comunidades indígenas, afirmada tácitamente por este párrafo.

La calidad de inalienables, intransmisibles, y no susceptibles de embargos y de gravámenes es interpretado por Ekmekdjian como parte operativa de la cláusula constitucional y como totalmente injusta y excesiva en relación a su finalidad que era la preservación del hábitat natural de las comunidades indígenas e impedir su desarraigo, además de ser violatoria al principio de igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional. El autor opina que la participación en la gestión de los recursos naturales y en otros intereses requiere de una ley reglamentaria, que depende de la voluntad política, y que corresponde no sólo a los indígenas sino a todos los habitantes del territorio nacional. Basándose en la obra de

Segovia, estima que el inciso 17 del artículo 75 es una cláusula declarativa en su mayor parte (salvo garantía de propiedad comunitaria, por ejemplo), y que viola su artículo 16 al consagrar “prerrogativas de sangre y de nacimiento” porque parte del presupuesto de la pertenecía a una raza, e impide además la movilidad social<sup>23</sup>.

En este punto se vuelve a mencionar a Bidart Campos quien se manifiesta en posición contraria y nos recuerda que igualdad no significa igualitarismo, y los derechos de las minorías a su identidad grupal y a la diferencia<sup>24</sup>.

Por su parte, Ekmekdjian se declara situado en un punto medio entre ambas opiniones opuestas, pues considera que la mayor parte del inciso 17 del artículo 75 es declarativa (no así el reconocimiento de la personería jurídica), pero en principio no implicaría prerrogativas de sangre, salvo algún posterior exceso en su aplicación. Califica a la norma como compleja en un doble aspecto, por el tema que trata y por el modo en que ha sido constitucionalizado y empeña su suerte a la voluntad política.

La corriente doctrinaria actual, adhiere a la postura de los doctores Alterini, Jorge; Corna, Pablo; Vázquez, Gabriela, que en su obra “*Propiedad Indígena*”, anteriormente consignada<sup>25</sup>, se desarrolla el análisis de la propiedad comunitaria indígena a partir de la reforma constitucional de 1994, estructurando un paralelo con las características que la doctrina le ha atribuido a los derechos reales previstos en el Código Civil argentino.

En dicha obra la caracterización de la propiedad comunitaria indígena señala al sujeto titular del derecho enunciado en la Constitución Nacional: las comunidades indígenas, en las cuales se materializa el derecho que en abstracto corresponde a los pueblos indígenas argentinos, pues a las primeras se les reconoce personalidad jurídica<sup>26</sup>.

Refiriéndose a la naturaleza del derecho sobre las tierras afirman que la Constitución ampara la propiedad y la posesión, pues por esta última se efectiviza el ejercicio de la primera. Calificando a la propiedad comunitaria como un derecho real autónomo los autores encuentran que por él se ejerce una relación directa con las tierras,

tiene contenido patrimonial, régimen de orden público plasmado en la Constitución Nacional, y otorga derecho de persecución y derecho de preferencia oponibles *erga omnes*<sup>27</sup>.

Encuentran semejanzas con el dominio y el condominio en las “tierras que tradicionalmente ocupan” y a “tierras sustitutas” con derechos reales de disfrute (usufructo, servidumbre, etc.). Aun así reconocen las profundas diferencias entre la propiedad comunitaria y las formas tradicionales de propiedad, entendiendo que “la relación del indígena con la tierra tiene un punto de partida espiritual”<sup>28</sup>. Esta relación es una realidad ancestral que demuestra la concepción de la tierra opuesta a la visión patrimonial e individualista del sistema de propiedad individual, y constituye la naturaleza comunitaria de la propiedad indígena con un sujeto titular colectivo. Y en tanto esta última es una herramienta para la perdurabilidad de los pueblos indígenas, la propiedad individual facilita su absorción por parte del Estado, los autores proponen llegar a la unidad reconociendo la diversidad. Esta obra explica que la fuente de la propiedad comunitaria indígena como derecho real es la Constitución Nacional, como ley declarativa ya que los pueblos indígenas se consideran preexistentes por lo tanto la legitimidad de su adjudicación es originaria. El poder constituyente reconoce la propiedad comunitaria indígena que como acto institucional admitiría comparación con el juicio de reivindicación con declaración a favor del propietario reivindicante, según Alterini, Corna, y Vázquez.

Los autores destacan que el fundamento de la garantía constitucional es la reparación histórica a los pueblos indígenas por pérdidas espirituales y materiales, y reconocen en la propiedad comunitaria los caracteres de perpetuidad, ya que no se extingue por el no uso, ni puede subordinarse a plazos; exclusividad, único titular la comunidad indígena; ausencia de absolutez, a diferencia del dominio. Además con motivo de garantizar el derecho de arraigo y contribuir a la perdurabilidad de las culturas autónomas, las tierras no son enajenables, ni transmisibles, ni susceptibles de gravámenes o embargos. Tampoco consideran factible otorgar el uso y goce de tierras a terceros por parte de las comunidades

indígenas debido a los fines tuitivos de su consagración.<sup>29</sup> La tierra comunitaria es indivisible, afirman, por tener único sujeto titular colectivo, su partición es imposible además de estar sujeta a límites como la propiedad privada individual (servidumbres forzadas), ya que tal hecho “desnaturalizaría el sentido comunitario y perdurable de la propiedad”<sup>30</sup>.

Con respecto a los recursos naturales que se encuentran en las tierras habitadas por las comunidades, el texto expresa que la Constitución Nacional claramente garantiza la participación en la gestión de los mismos pero no de su propiedad. Finalmente los autores de la obra consideran “inconveniente” la regulación de la propiedad indígena en el Código Civil pues, según su opinión, significaría una “desjerarquización no querida por el poder constituyente” que estableció en la máxima expresión normativa de la Republica Argentina.<sup>31</sup>

## **6. Análisis desde la Jurisprudencia Nacional e Internacional:**

Del análisis de dos fallos de la Jurisprudencia Nacional, que hacen al tema en estudio, se denotan las posturas anteriormente citadas:

En el caso Caso “*Guari, Lorenzo c/ Provincia de Jujuy y sucesores de Fernando Campero*” del año 1929; nos encontramos ante una acción reivindicatoria sobre las tierras de Cochinoca y Casabindo interpuesta por representantes de las comunidades Rosario de Lerma y Abra Pampa, por considerarse dueños ancestrales de las mismas, remitiéndose a la modalidad de la propiedad comunitaria de los Incas y afirmando que España durante su avanzada colonizadora no ejerció dominio directo sobre ellas, por lo tanto no pueden pertenecer posteriormente a los países independizados. Es declarada la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia Nacional y se considera inexistente el derecho debido a que los integrantes de dichas comunidades no son descendientes de los pobladores originarios del lugar y, que la vía de la acción ha prescripto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no hizo lugar a la acción interpuesta y afirma que los Incas no concibieron el dominio como lo hace nuestro Código Civil, en el cual la única propiedad comunitaria es el condominio del art. 2675, y por lo tanto no existe título traslativo ni sucesorio, que las comunidades indígenas no pueden actuar en juicio por carecer de personería jurídica en consecuencia no son personas para el Código Civil y que la propiedad de las tierras en cuestión es la Provincia de Jujuy.<sup>32</sup>

Es un ejemplo de la ideología racionalista imperante a principios del siglo XX, que basaba los derechos de propiedad en el título consiguiente y en cabeza de un sólo individuo, ni siquiera teniendo en cuenta el concepto colectivo de comunidad.

Años después in re: “*Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza*” del año 2005; Francisco Pérez en representación de la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lhaka Honhat” (Asociación Civil sin fines de lucro) promovió acción declarativa de certeza contra la provincia de Salta y el Estado Nacional, persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 7352 que sometía a consulta popular vinculante la entrega de tierras a las comunidades indígenas del Dpto. de Rivadavia de la nombrada provincia.

La actora argumentó que esta ley viola algunos tratados internacionales a los que Argentina adhiere y la Constitución Nacional, contrariando su reconocimiento de la posesión y propiedad de las tierras a las comunidades indignas, a consecuencia de ello incluye en la demanda al Estado Nacional por no haber tomado medidas para garantizar el ejercicio de derechos constitucionales, hecho que permitiría cuestionar su responsabilidad en el ámbito internacional.

La mayoría de la Corte señaló que no advierte la omisión imputada al Estado nacional, así como tampoco su eventual responsabilidad internacional, que la cuestión no se encuentra dentro de su competencia originaria y que casos como éste deben dirimirse primero en las instancias provinciales, habida cuenta que la Constitución de Salta garantiza la propiedad comunitaria de las

tierras fiscales que las comunidades indígenas tradicionalmente ocupan y contempla la entrega de otras aptas para el desarrollo humano; prevé además, los casos a seguir ante un referéndum. Por todo lo expresado la Corte sostuvo que el conflicto se suscita en el ámbito local y que no es propio obstaculizar modos de democracia participativas, así como señala que resulta conveniente escuchar a todos los sectores con intereses afectados. Finalmente se declara que la causa no es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En su voto concurrente, el Dr. Fayt sostiene que no se puede tener por configurada la afectación a los intereses a los peticionarios hasta no obtener un resultado contrario a sus pretensiones en la consulta popular, y que la Corte interviniendo en la cuestión planteada vulneraría principios de la forma de gobierno federal.

En postura disímil a la del resto de sus pares, el Dr. Zaffaroni entendió –en minoría– que en el caso en cuestión pueden distinguirse dos relaciones jurídicas diferentes, una suscitada entre la parte actora y la Provincia de Salta y otra dada entre la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de los pactos internacionales ratificados por Argentina que se consideran violentados por la parte que demanda. En este último planteo este Ministro de la Corte considera que al encontrarse todavía abierta la instancia ante el organismo internacional no hay motivo para que el máximo Tribunal de la Nación intervenga. En cuanto al conflicto entre la parte actora y el Estado Provincial, expresa que en el mismo se reúnen dos particularidades que hacen plenamente viable la presentación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación instando su competencia originaria, a saber: una provincia es parte en el proceso, en este caso la demandada, y se arguye la contradicción entre una norma provincial con otra de carácter federal como lo es la Constitución Nacional. Como corolario el Dr. Zaffaroni declara que la causa corresponde ser juzgada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por competencia originaria en razón de la materia, y que, teniendo en cuenta lo decidido por la



mayoría del Supremo Tribunal, es inútil que se expida sobre la medida cautelar requerida por la actora.<sup>33</sup>

Esta es la postura dominante actual, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación delega en las jurisdicciones provinciales los pronunciamientos correspondientes a los derechos de los pueblos originarios. La realidad es que los tribunales provinciales todavía sostienen la postura basada en el Código Civil y la antigua Constitución de 1853, tornándose muy difícil a las comunidades aborígenes de nuestro país ejercer sus derechos.

Respecto de la Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el máximo Tribunal se expresó en el fallo *Giroldi* en el sentido que los fallos de dicho organismo internacional son guía de interpretación para la jurisprudencia Nacional, no reflejándose dicha circunstancia en los escasos pronunciamientos que ha tenido sobre cuestiones de Pueblos Originarios.<sup>34</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte, utiliza el método de la llamada interpretación progresiva, actualizando sus resoluciones a las realidades contemporáneas al caso concreto.<sup>35</sup>

En el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua* Sentencia del año 2001, la Comunidad *Awas Tigni* denunció al Estado de Nicaragua por entregar en concesión a una compañía maderera, tierras pertenecientes a la comunidad indígena, además, por no haber demarcado y reconocido oficialmente las tierras indígenas<sup>36</sup>.

La Corte hizo consideraciones sobre el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referido al derecho de propiedad; utilizando una interpretación evolutiva y considera extensivo a las comunidades indígenas los derechos que allí se consagran; es decir la propiedad sobre bienes materiales e inmateriales susceptibles de valor.<sup>37</sup>

La Corte afirmó que es tradición para las comunidades indígenas la propiedad colectiva de sus tierras, y que su estrecha relación con ellas es “base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad, y su supervivencia económica”, y es necesaria para su

conservación a través de las generaciones. Destaca la especial importancia del derecho consuetudinario de los pueblos originarios, y señala que la posesión en razón de la costumbre es suficiente para que el Estado reconozca la propiedad indígena sobre las tierras y se ocupe de su registro. Asimismo manifestó que los pueblos indígenas tienen derecho a vivir libremente en sus territorios por el solo hecho de su existencia y resuelve que el Estado de Nicaragua debe delimitar, demarcar y titular el territorio de la comunidad Awas Tigni e impedir acciones propias o de terceros que afecten este derecho.

En el caso: *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia del año 2005; la comunidad *Yakye Axa* denunció al Estado paraguayo<sup>38</sup>.

Deseaban volver a ejercer la posesión de sus tierras ancestrales que habían abandonadas algunos años atrás, pero no se les permitía por encontrarse allí otros ocupantes y el desamparo los obligaba a esperar una solución sobre su situación a la vera del camino, hecho que provocó una progresiva decadencia de su calidad de vida. Además el Estado de Paraguay a pesar del paso del tiempo, no se expedía sobre un pedido de reivindicación territorial por parte de la comunidad, siendo la propiedad comunitaria indígena un derecho reconocido en la Constitución de Paraguay.

La Corte reafirmó conceptos de pronunciamientos propios anteriores y nombra nuevos instrumentos jurídicos internacionales, con especial mención del Convenio 169 OIT que también se ocupa de la temática territorial indígena y ha sido ratificado por el Estado de Paraguay, concluyendo que todos estos elementos ayudan a una interpretación progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Posteriormente la Corte hizo referencia a la situaciones en que propiedad comunitaria y propiedad individual se oponen concretamente, señalando pautas para la solución del conflicto a través de la restricción en el goce y ejercicio de derechos. Dichas pautas deberán ser establecidas por leyes, necesarias, proporcionadas, es decir instrumentadas a fin a un objetivo legítimo.

La Corte recordó que la concepción de los derechos territoriales indígena es amplia e incluye la subsistencia, desarrollo y conservación de la comunidad y su cultura, por lo tanto privar a las comunidades de sus derechos sobre las tierras importaría el desconocimiento de otros derechos básicos. La restricción a la propiedad privada individual es posible en tanto sea para preservar las identidades culturales, los particulares deben ser indemnizados por el Estado, y en cualquier medida que éste último tome en relación a la propiedad comunitaria indígena debe tener en cuenta el significado de la relación entre las comunidades y sus tierras. Ante la eventual entrega de tierras alternativas es necesaria la participación de la comunidad en cualquier decisión.

En este fallo se enfatizó el hecho que el vínculo de los pueblos indígenas con sus territorios está presente en cada una de sus manifestaciones culturales de las comunidades (filosofía, vestimenta, valores, arte, lenguas, costumbres, etc.). Asimismo, el Supremo Tribunal expresó que la personería jurídica es útil para concretar formalmente los derechos que las comunidades indígenas tienen desde hace mucho tiempo, pero que deben ser reconocidos a la comunidad indígena en sí y no a la persona jurídica que es un formalismo legal.

## **7. Análisis desde el multiculturalismo**

Dicho concepto surgido en la década de 1990, en el sentido que las sociedades deberían poseer igualdad de posibilidades para desarrollarse social, económica y políticamente con armonía según sus tradiciones étnicas, religiosas e ideológicas. De acuerdo con este concepto, los Estados deberían articularse institucionalmente de manera que reflejen la pluralidad de culturas existentes.

Desde el punto de vista epistemológico y filosófico, se planteó en qué medias las sociedades democráticas deberían ser realmente caracterizadas en función del conjunto de los derechos básicos individuales que ellas aseguran a sus ciudadanos.

Para diversos autores, asociados de modo más o menos estricto a lo que convencionalmente se denomina multiculturalismo, las

decisiones políticas en sociedades democráticas pluralistas deberían asegurar también derechos específicos a los grupos. Nociones tales como “derechos colectivos”, “derechos de grupos” y “derechos culturales” pasaron a dominar los debates políticos, una vez establecido como el núcleo de una sociedad justa la idea de los derechos iguales para todos los ciudadanos<sup>40</sup>.

En su crítica, el filósofo alemán recoge que si bien ahora estamos delante de fenómenos relacionados con las luchas del reconocimiento de identidades colectivas y, por tanto, con la defensa común contra la opresión, la marginalización y el irrespeto de grupos minoritarios, primeramente definidos en términos culturales, sea en el ámbito de una cultura mayoritaria, sea al interior de la comunidad de los pueblos, hay diferentes niveles de análisis.

Es necesario, por tanto, no distinguirlos solamente según la especificidad de cada lucha por el reconocimiento, sino también diferenciar los planos discursivos en los que los debates se han situado aun cuando el blanco principal sea el mismo sistema de derechos fundado en el individuo<sup>41</sup>.

Dentro de esos fenómenos se destacan el feminismo, la lucha de las minorías étnicas y culturales, el nacionalismo y el neocolonialismo.

Mientras la causa feminista puede ser descrita apropiadamente como de reconocimiento de una interpretación específica basada en diferencias de género, transformando así la relación entre los sexos y afectando directamente a los papeles masculinos históricamente sedimentados 5, la lucha de las minorías étnicas y culturales nos habla respeto al reconocimiento de las tradiciones y de las formas de vida marginadas por una cultura mayoritaria cuyos miembros, pese al hecho de tener la autocomprensión modificada en alguna medida, no alteran necesariamente sus papeles en razón de una interpretación revisada de las conquistas e intereses de los miembros de los grupos minoritarios<sup>42</sup>.

Habermas apunta cinco categorías básicas de derechos, los que incluyen: a los derechos a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción, al estatuto de miembro en la

comunidad política, a la protección jurídica individual, al ejercicio de la autonomía política y a las condiciones básicas de vida que pueden garantizar la oportunidad de ejercer las otras categorías de derechos explicitados. “Cuando introducimos el sistema de derechos de esta manera”, concluye Habermas, “se torna comprensible la interligazón entre soberanía popular y derechos humanos, por tanto la co-originariedad de la autonomía política y de la privada.

Con eso no se reduce el espacio de la autonomía política de los ciudadanos a través de los derechos naturales o morales, que apenas esperan ser colocados en vigor, ni se instrumentaliza simplemente la autonomía privada de los individuos para los fines de una legislación soberana. Nada viene antes de la práctica de autodeterminación de los ciudadanos, a no ser, de un lado, el principio del discurso, que está inserto en las condiciones de socialización comunicativa en general, y de otro lado, el *Médium del derecho*”.<sup>43</sup>

La cuestión central de la legitimidad se aborda a través de la racionalidad propia del derecho moderno, asegurada por el vínculo entre la autonomía privada y la autonomía pública de ciudadanos integrados socialmente a través de la acción comunicativa.<sup>44</sup>

El modelo que propone Habermas de la democracia procedimental (término que sirve para designar la tentativa de realización de los derechos vinculados a las dos formas de autonomía de los ciudadanos por la incorporación de los discursos pragmáticos, ético-políticos y morales en marcos institucionales) es introducido también por el contraste entre las alternativas clásicas: republicana y liberal. Como el modelo republicano, rechaza una visión del proceso político como siendo, primariamente, el de competencia entre preferencias privadas.

Como el modelo liberal, entretanto, considera la visión de una ciudadanía unificada y activamente motivada por una visión compartida del mundo irrealista en las sociedades modernas pluralistas.

En verdad, tales modelos proceden de un mismo concepto de sociedad centrado en el Estado aunque este último sea tenido, en un

caso, como protector de una sociedad económica, y en otro caso, como la institucionalización de una comunidad ética. En una visión liberal, la constitución del Estado de derecho es el aspecto capital del equilibrio de los intereses de los sujetos privados que buscan la satisfacción de sus expectativas concurrentes.

En una visión republicana, la formación de una comunidad ético-política estructurada es el elemento central para la autodeterminación democrática de los sujetos vinculados a una totalidad colectiva.

La primera perspectiva prescinde de la idea de ciudadanía y del papel constitutivo de la formación política de la opinión y de la voluntad, mientras que la segunda menoscaba las fronteras entre el Estado y la sociedad civil a través de una excesiva politización de una esfera pública vuelta contra la administración burocrática<sup>45</sup>

Ambos elementos de normativización constitucional y del proceso político de formación de la opinión y de la voluntad son asumidos bajo nueva composición en la teoría discursiva de la democracia: “para ella los procesos y presupuestos comunicativos de formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la compuerta más importante para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración vinculadas al derecho y a la ley.”<sup>46</sup>

Habermas sugiere un proceso en dos vías, uno en el que hay una división del trabajo entre el “público débil”, la esfera pública informalmente organizada, que comprende asociaciones privadas, instituciones culturales, grupos de interés con preocupaciones públicas, iglesias, instituciones de caridad, etc. y el “público fuerte”, las corporaciones parlamentarias y otras instituciones formalmente organizadas del sistema político. La soberanía popular interpretada de modo intersubjetivista no se concentra en un actor colectivo que refleja la totalidad y actúa en función de ella, como en el modelo republicano, y tampoco es proscrita para el anonimato de competencias jurídicas-constitucionales, como en el modelo liberal, pero se hace valer como poder producido comunicativamente.

En este sentido, los discursos institucionalizados para la formación política de la opinión y de la voluntad son vitales para el ejercicio de la ciudadanía, en la medida en que el proceso democrático impele a los participantes al compromiso en perspectivas recíprocas y a la búsqueda de intereses generalizables.

El eje de una comprensión genuinamente procedimental de la democracia en los términos de Habermas, “consiste precisamente en el hecho de que el proceso democrático institucionaliza discursos y negociaciones con el auxilio de formas de comunicación que deben fundamentar la suposición de racionalidad para todos los resultados obtenidos conforme el proceso”, siendo su núcleo dogmático, en el sentido de algo que no podemos eludir, “la idea de autonomía según la cual los hombres actúan como sujetos libres en la medida que obedecen a las leyes que ellos mismos establecen, sirviéndose de nociones adquiridas en un proceso intersubjetivo.”<sup>47</sup>

La posición de Habermas en el debate en torno del multiculturalismo, es determinada por la comprensión democrático-procedimental de los derechos que se tratan de presentar en sus líneas generales; y es válida para comprender las diferentes problemáticas en torno a los pueblos originarios.

Se trata de una posición peculiar que permite al autor cuestionar determinadas políticas de la diferencia, que contribuyen decisivamente a la inclusión de los ciudadanos a los cuales es negado el pleno reconocimiento como miembro de una comunidad política, y al mismo tiempo llamar la atención acerca de las potenciales amenazas a la autonomía individual asociadas a las demandas específicas de grupos, particularmente en lo atinente a los llamados derechos culturales.

De este modo, como en muchos otros temas tratados en el ámbito de la teoría discursiva, la postura de Habermas, en los recientes debates multiculturales, se caracteriza por un difícil equilibrio entre la igualdad y la diversidad, defendiendo una concepción universalista sensible a las diferencias.

La posición de Habermas en el debate en torno del multiculturalismo, como ya fue destacado, es determinada por la

comprensión democrático-procedimental de los derechos que intentamos presentar en sus líneas generales. Se trata de una posición peculiar que permite al autor cuestionar determinadas políticas de la diferencia, que contribuyen decisivamente a la inclusión de los ciudadanos a los cuales es negado el pleno reconocimiento como miembro de una comunidad política, y al mismo tiempo llamar la atención acerca de las potenciales amenazas a la autonomía individual asociadas a las demandas específicas de grupos, particularmente en lo atinente a los llamados derechos culturales.

De este modo, como en muchos otros temas tratados en el ámbito de la teoría discursiva, la postura de Habermas, en los recientes debates multiculturales, se caracteriza por un difícil equilibrio entre la igualdad y la diversidad, defendiendo una concepción universalista sensible a las diferencias.

En este sentido, no son pocas las críticas al modo discursivo del tratamiento de la cuestión, ya sea porque subestima la importancia de las identidades culturales, sea por no ser suficientemente atento a la relevancia de la cultura en el campo de la política, sea también en razón de no reconocer la profundidad de la diversidad y de los conflictos de los valores en las sociedades pluralistas contemporáneas.<sup>47</sup>

En breves palabras, el desafío parece residir en una comprobación de que el tipo de normatividad que subyace a una interpretación democrática radical del liberalismo político permite conjugar de modo satisfactorio el ideal igualitario de la ciudadanía democrática y las demandas legítimas de individuos y grupos a los que las normas, aunque justificadas desde el punto de vista de los intereses de todos, imponen restricciones diferenciadas.

Con respecto a los derechos de grupos, Habermas subraya la tensión entre la facticidad y la validez del sistema de derechos, cuya realización integral parece exigir la implementación de derechos culturales para los miembros de grupos discriminados con miras a corregir efectos asimétricos irrazonables de las normas gobernadas por el principio de la igualdad cívica. Su interés incide en los casos en que el reconocimiento mutuo de la igualdad de los



ciudadanos es violado en la dimensión fundamental de la pertenencia a una misma cultura política liberal, la cual requiere una transformación de las relaciones interpersonales para la superación de una inclusión incompleta y desigual de los miembros de la comunidad política.

Por esa razón, Habermas reconoce la importancia de la distinción analítica entre las dimensiones de la justicia social, que “conciernen a las relaciones verticales entre ciudadanos de una sociedad estratificada”, y de la pertenencia, que “se refiere a las relaciones horizontales entre miembros de la comunidad política”, ambas inherentes a la noción de igualdad cívica, cuya realización plena es medida, por un lado, según la justa distribución de oportunidades y recursos, y, por otro, de acuerdo con el reconocimiento recíproco de derechos culturales.<sup>48</sup>

## **8. Conclusiones desde los Derechos Sociales:**

El caso de la propiedad de los pueblos originarios se encuentra en una situación de tensión, ya que se superponen dos discursos completamente distintos entre sí. Por un lado los textos constitucionales y tratados internacionales actuales, que hacen eco de los derechos humanos y de las más avanzadas doctrinas acerca del multiculturalismo y las políticas del reconocimiento. Por otro lado, una mentalidad subyacente basada en los principios racionales del siglo XIX, que no reconoce éstos derechos a los pueblos originarios.

Las políticas económicas actuales de los países Iberoamericanos continúan la senda del Neoliberalismo, dándose circunstancias particulares. A decir de Boaventura de Sousa Santos: *“Todas las violaciones de derechos humanos están relacionadas con el neoliberalismo, la versión más antisocial del capitalismo en los últimos cincuenta años. En el Norte, el neoliberalismo impone la austeridad a las grandes mayorías y el rescate de los banqueros, sustituyendo la protección social de los ciudadanos por la protección social del capital financiero. En el Sur, el neoliberalismo impone su avaricia por los recursos naturales, sean*

*ellos los minerales, el petróleo, el gas natural, el agua o la agroindustria. Los territorios pasan a ser tierra y las poblaciones que en ellas habitan, obstáculos para el desarrollo que es necesario remover lo antes posible.”*<sup>39</sup>

En el caso de Latinoamérica, las políticas de hidrocarburos de Argentina, Ecuador o Brasil así como en Colombia y en Bolivia las de expansión de obras viales, atentan gravemente no solo contra los recursos naturales de cada uno de los mismos, sino contra los derechos de posesión de la tierra de las poblaciones originarias, base de su ancestral sustento.

El rechazo del Poder Ejecutivo a las políticas que restringen el desarrollo de la minería a cielo abierto en las provincias andinas, así como la falta total de apoyo a las comunidades originarias en el NOA son ejemplo de ello en nuestro país. Se observa un doble discurso de apoyo y fomento mediante leyes y firma de tratados internacionales, pero en la práctica subyace la veta racionalista consignada anteriormente; que todavía deja en cabeza de los Tribunales Provinciales (referentes ancestrales de las oligarquías vernáculas), las decisiones finales acerca de cuestiones fundamentales como la propiedad de los pueblos indígenas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó importante jurisprudencia en la causa “*PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012 (Fondo y Reparaciones)*”; al reconocer derechos ancestrales de los pueblos de Ecuador, por sobre los intereses del estado al reconocer el derecho a ser consultados previamente a efectuar cualquier obra pública que afecte el hábitat natural que ocupan. Sentencia que no sólo rige para los pueblos aborígenes que sino también tiene efectos respecto a la libre utilización de los recursos naturales de cada país latinoamericano<sup>40</sup>.

Asimismo, el avance actual sobre dicho Tribunal Internacional por parte de países con políticas neoliberales como Estados Unidos, Canadá y Colombia, entre otros; restringirán progresivamente el desarrollo y fomento de los derechos Humanos a futuro en el continente americano.<sup>41</sup>

Por otra parte, en el concepto de multiculturalismo imperante, todavía subyace la idea de la imposición de ciertas culturas sobre otras, tornándose dificultoso el reconocimiento del valor igualitario de todos los actores de la sociedad.<sup>42</sup>

Así respecto de los derechos de los pueblos originarios, se da una circunstancia de “discriminación múltiple”, en palabras de Fernando Martínez Rey, ya que ésta se produce: *“cuando una persona es discriminada (tratada de modo distinto y peor que otra) por diferentes factores (raza, género, etc.) en diversos momentos. Una mujer discapacitada puede ser discriminada por su género en la adquisición de un determinado puesto de trabajo y en atención a su discapacidad porque un edificio público no sea accesible a las personas que se desplazan en silla de ruedas. La víctima acumula diversas experiencias de discriminación (diversas por el momento en que se sufren y por la causa o factor que las motiva), por lo que también podría llamarse a esta forma de discriminación “acumulativa”, o “doble” (o “triple”, etc.)”*<sup>43</sup>

Hay discriminación múltiple tanto por ser Pueblos Originarios, como por formar parte de las capas más humildes de la sociedad. En efecto, la falta de educación y medios económicos hacen que las comunidades aborígenes no cuenten con los medios necesarios tanto para acceder a niveles primarios y óptimos de vida como para poder valerse de los instrumentos legales que le permitan defenderse óptimamente en las diversas instancias judiciales que les ha tocado vivir. Ancestralmente fueron relegados tanto por la sociedad hispana en su momento como la criolla después, desarrollando un colectivo humano de difícil integración al marco social de nuestro país y del resto de Latinoamérica.

Las políticas de derechos humanos de los gobiernos tanto nacionales como provinciales, deberían promover a sus agentes sociales a terminar con estas situaciones y promoviendo una política de igualdad, a fin de que con el tiempo disminuya la llamada discriminación múltiple que sufren los pueblos originarios. Asimismo deberían fomentarse los estudios sociales y culturales, recopilando datos estadísticos y promocionando los valores de

igualdad que corresponden a todos los seres humanos<sup>44</sup>. Las políticas educativas deberían orientarse en dicho sentido.

Por otra parte, los tribunales nacionales y provinciales deberían afianzar una política tuitiva de los derechos de los aborígenes, y en caso de surgir conflictos, y a la hora de resolverlos, no deberían fijarse tanto en los principios generales de jerarquía y operancia, sino tratar de llegar a la mejor solución del caso y de la manera más efectiva para obtener resultados concretos, siempre teniendo en la mira los derechos de los más necesitados.<sup>45</sup>

Los estados latinoamericanos y en particular el argentino, debería fomentar una política de inclusión mucho más efectiva que la actual, ya que hay una gran distancia entre los procesos discursivos y la verdadera convivencia. Concluimos, en concordancia con Sergio Costa que: *“En definitiva, es en el interior de lproceso discursivo de formulación de las reglas de convivencia (el cual garantiza que los destinatarios del derecho sean también sus autores) que la autonomía individual como la pública se concretan. La relación de reciprocidad entre derechos humanos y soberanía popular reside, así, en el hecho de que solamente la plena vigencia de los derechos humanos puede garantizar los requisitos comunicativos para el ejercicio de la soberanía popular y para la emergencia de un derecho positivo democrático, sin el cual, al mismo tiempo, las libertades individuales no existen.”*<sup>46</sup>

En el caso de los pueblos originarios, es una tarea recíproca entre el Estado y la sociedad, la que debe lograr la inclusión y el equilibrio de las reglas de convivencia para consolidar los derechos de los más desposeídos.

### Citas Bibliográficas

- <sup>1</sup> Ley N° 23.302/85, actualizada por Ley N° 25.799/03.
- <sup>2</sup> Código Civil de la República Argentina, Edit. La Ley; Buenos Aires, 1988, p. 8.
- <sup>3</sup> Código Civil de la República Argentina, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 79/80.
- <sup>4</sup> Código Civil de la República Argentina, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 507 y s.s.
- <sup>5</sup> Constitución de la Nación Argentina, Editorial Bregna, Buenos Aires, 1994, p. 20.
- <sup>6</sup> <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>
- <sup>7</sup> Causa: “Eulogio Frites y otra c. Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, sentencia de la CSJN del 4 de diciembre de 1995 (Fallos 318:2513)
- <sup>8</sup> <http://www.cesdepu.com/instint/oit107.htm>
- <sup>9</sup> El Preámbulo del Convenio 169 establece que: “Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación...”
- <sup>10</sup> BRONSTEIN, Arturo S., “*Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión*”, publicado en la página web de la OIT, Sección Equipo Técnico Multidisciplinario.
- <sup>11</sup> *Ibidem* Cita N° 25.
- <sup>12</sup> VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, “*El error de derecho en el Código Civil y en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, en: “Vicios de la voluntad”, Investigación del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. La Ley, “Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, Serie IV – Instituto de Derecho Civil, n° 10, Bs. As., 2005, Págs. 25 a 59.
- <sup>13</sup> Constitución Nacional, op. Cit

---

<sup>14</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María y VÁZQUEZ, Gabriela; “Propiedad Indígena” (Librería Histórica y Educa, Buenos Aires, 2005), pp. 132-135.

<sup>15</sup> Justicia Federal de Salta, primera y segunda instancia, sentencias del 19-9-1996 y 10-2-1997, “Comunidades Indígenas del Pueblo Kolla c/ Finca Santiago S. A.,” Juzgado de Familia de Puerto Madryn, Provincia de Chubut, sentencia de 22-6- 2000, en autos “Chiquichano, Francisco”; Cámara en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy, sala 1 °, del 14- 9-2001 en “Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente – Pueblo Cochinoa – c/Estado Provincial”, LexisNexis – Jurisprudencia Argentina, fascículo n ° 1, del 3 de julio de 2002, Pág. 78, con nota de Ghersi, Carlos A., “Los derechos de las comunidades aborígenes”; Provinciade Salta y Dirección General de Recursos Naturales Renovables s/ interdicto de obra nueva – medida de no innovar.

<sup>16</sup> DALMAZZO, Omar Antonio. *Manual de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Anotada*. Instituto Browniano. Presidencia de la Nación. Secretaria de Cultura, Bs.As. 1998, págs. 593 y 594.

<sup>17</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, Tomo IV (arts. 42 a 86), Ed. Depalma, Bs.As., 1997.

<sup>18</sup> SEGOVIA, Gonzalo y SEGOVIA, Juan Fernando. “La protección de los indígenas” en Pérez Guilhou y otros. *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995, págs. 317 a 343.

<sup>19</sup> EKMEKDJIAN, M.A. op. cit .pág. 532.

<sup>20</sup> SEGOVIA y SEGOVIA, op. cit., págs. 334 y 335.

<sup>21</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “*Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*”, La Ley, del 21/5/96, pág. 2.

<sup>22</sup> EKMEKDJIAN, M.A.op. cit., pág. 534.

<sup>23</sup> SEGOVIA y SEGOVIA, op. cit., págs. 340.

<sup>24</sup> BIDART CAMPOS, op. cit, pág 2.

<sup>25</sup> ALTERINI, Jorge op. cit. vid, cita 14.

<sup>26</sup> ALTERINI, Jorge y otros, op. cit. p. 147.

- <sup>27</sup> ALTERINI, J. y otros, op. cit. p. 154.
- <sup>28</sup> ALTERINI, J. y otros, op. cit. p. 155.
- <sup>29</sup> ALTERINI, J. y otros, op. cit. p. 179.
- <sup>30</sup> ALTERINI, J. y otros, op. cit. p. 182.
- <sup>31</sup> ALTERINI, J. y otros, op. cit. p. 182.
- <sup>32</sup> Fallo publicado en Lexis Nexis-Jurisprudencia Argentina, fascículo n° 1, 3/7/2002-F. 155:302.
- <sup>33</sup> <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/07/Asociaci%C3%B3n-de-Comunidades-Abor%C3%ADgenes-Lhaka-Honhat-ODHPI.pdf>
- <sup>34</sup> GIROLDI, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación”-Causa N° 32/93- 26-09- 1995. Jurisprudencia en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)
- <sup>35</sup> LORCA GARCÍA DE VILLODORES, María Isabel; “Interpetación jurídica e interpretación constitucional: La interpretación progresiva o evolutiva de la norma jurídica (el Derecho como herramienta de cambio social); <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/15.pdf>, pág. 244.
- <sup>36</sup> Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [www.corteidh.or.cr/juris/](http://www.corteidh.or.cr/juris/)
- <sup>37</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 1959: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCIÓN%20AMERICANA.pdf>
- <sup>38</sup> Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [www.corteidh.or.cr/juris/citada](http://www.corteidh.or.cr/juris/citada)
- <sup>40</sup> LEITE ARAUJO; *Habermas y la política del reconocimiento o multiculturalismo.*” Universidad Católica de Temuco; Revista CUHSO volumen 14 n° 1.
- <sup>41</sup> LEITE ARAUJO; *Habermas... op. Cit...*
- <sup>42</sup> KYMLICKA, W. “Ciudadanía Multicultural”: una teoría liberal sobre los derechos de las minorías. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- <sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen, “Facticidad y validez vol. 1, p. 158.-
- <sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen, op. cit. pp. 164-165.
- <sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen, La inclusión de los demás”. Estudios de teoría política, pp. 253-264.
- <sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, op. cit., vol. 2, p. 23.

---

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, op. cit., 27 y 190.

<sup>47</sup> Cf. YOUNG, I. “Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy”, in: BENHABIB, S. (ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 120-135;.-

<sup>48</sup> HABERMAS, J. “Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism”, op. cit., p. 16

<sup>39</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de; “*Octava carta a las izquierdas: las últimas trincheras.*” Diario Página 12, Miércoles 29 de Agosto de 2012.

<sup>40</sup> [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=10](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=10)

<sup>41</sup> *Ibidem* cita 54.

<sup>42</sup> TAYLOR, Charles; “*El multiculturalismo y la política del reconocimiento.*” Fondo de Cultura Económica; México,. 1992.- págs 93/95.

<sup>43</sup> MARTÍNEZ REY, Fernando; “*Discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*”; *Revista Jurídica UCES*, 16-11-2009. [Revista Jurídica - UCES](#)

<sup>44</sup> MARTÍNEZ REY, *íbidem* cita anterior.

<sup>45</sup> BECHARA LLANOS, Abraham Zamir; “*La Ponderación y los derechos fundamentales- El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en la Corte Constitucional Colombiana;* UNIVERSIDAD LIBRE, SEDE CARTAGENA CENTRO DE INVESTIGACIONES

[http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias\\_Derecho/LA\\_PONDERACION\\_y\\_LOS\\_DERECHOS\\_FUNDAMENTALES\\_ABRAHAM\\_ZAMIR\\_BECHARA\\_LLANOS.pdf](http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/LA_PONDERACION_y_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES_ABRAHAM_ZAMIR_BECHARA_LLANOS.pdf) página 52 y s.s.

<sup>46</sup> COSTA, Sergio, “*Derechos Humanos en el mundo postnacional.*”; Nueva Sociedad, N° 188, 2003.