

DIVERSIDAD CULTURAL: CONFLICTO Y DERECHO

**Nuevos horizontes del derecho y de
los derechos de los pueblos indígenas
en Latinoamérica**

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Coordinador

tirant lo blanch

Valencia, 2006

LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LOS INDÍGENAS POR LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994

Un balance inicial

MARZLA ROSTI*

SUMARIO: 1. Argentina, de «nación blanca» a «nación multinacional». 2. Sobre los nuevos «derechos» reconocidos a los indígenas por la Constitución. 3. Un primer balance de los efectos de la Constitución con respecto a los derechos sobre tierra y territorio de los indios. 4. Las primeras sentencias que reconocen los derechos de los indios. 5. Primeras propuestas de reforma de las constituciones provinciales: Formosa y Misiones. 6. Conclusiones.

1. ARGENTINA, DE «NACIÓN BLANCA» A «NACIÓN MULTINACIONAL»

En la América Latina del siglo XIX la necesidad de consolidar la identidad nacional de los Estados que nacieron de los virreinos ibéricos provocó que las élites políticas, compuestas por criollos y mestizos, impulsaran el desarrollo de una nación a su imagen y semejanza. Así pues, eliminaron físicamente a las minorías o bien las sometieron a una asimilación obligatoria con el fin de realizar el ideal de una comunidad política homogénea, en la cual los ciudadanos compartieran la misma lengua, cultura y descendencia.

Concretamente, en Argentina, a finales del XIX, los indígenas fueron exterminados o sometidos al gobierno nacional, en el ámbito de creación de una *nación blanca*, que ofrecería oportunidades a los inmigrados europeos¹. Durante un buen período del siglo XX, por tanto, el país

* Investigadora de Filosofía del Derecho, Universidad de Milán. El presente texto ha sido traducido al castellano por el Dr. Luis Javier Santos López.

¹ En base al art. 67 inc. 15 de la Constitución de 1853/1860, que atribuía al Congreso la tarea de «proveer a la seguridad de las fronteras», se promovieron dos grandes campañas militares: la *Conquista del desierto* de 1880 en las regiones de la Patagonia y de la Pampa, que extendió la frontera argentina hasta

intentó presentarse más como un Estado *polietnico* que como *multinacional*². Por otra parte, las minorías nacionales—constituidas por lo que quedaba de las poblaciones indígenas que sobrevivieron a los exterminios de los españoles primero y de los propios argentinos después—vivieron una buena parte del siglo pasado en la falacia de la declaración oficial de igualdad entre los ciudadanos blancos y mestizos, y, sobre todo, en la ilusoria calificación de ciudadanos argentinos³. Durante la presidencia de Perón (1946-1955) se promovió la llamada política de «integración socio-cultural», cuya medida más destacable fue la distribución de documentos de identidad a los indios que, en cuanto se convirtieron en ciudadanos argentinos, pasaron a engrosar el cuerpo electoral, sobre todo del Partido Justicialista.

En el ámbito internacional, en 1959, el país adhirió⁴ al *Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas Tribales y Semitribales en los Países Independientes*, de 1957, en el cual, aun manteniendo un enfoque integracionista, se comenzaba a reconocer factores importantes para la vida de la población indígena, como el derecho a la propiedad colectiva de la tierra. En Argentina, su efecto principal fue el del inicio de un censo nacional de la población indígena, que no fue terminado⁵, además de la expropiación de algunos terrenos de la provincia de Jujuy a favor de la comunidad Kollas de Quebrada de Humahuaca.

¹ el Río Negro, y la *Campaña del Chaco* de 1884, en el norte, que desplazó la frontera hasta el Río Bermejo. El inciso completo rezaba: «Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo».

² WILL KYMLICKA, *La ciudadanía multicultural*, Bologna, Il Mulino, 1999, en la p. 37 define como *Estados polietnicos* los que están caracterizados por la presencia de *grupos étnicos* convivientes que tienen su origen principal en grupos de inmigrados y, como *Estados multinacionales* aquellos en los que, por el contrario, hay *minorías nacionales*, esto es, poblaciones territorialmente concentradas que, con anterioridad, se gobernaban solas y que han sido «absorbidas por los Estados nacionales».

³ Los primeros gobiernos independientes de las *Provincias Unidas del Río de la Plata*, influenciados por las ideas liberales de la época y esperando asegurarse el apoyo de los indios a la causa revolucionaria, declararon en diferentes ocasiones la igualdad y la libertad de los indios, derogando la *mita*, la *encomienda* y cualquier otro servicio personal, al tiempo que les reconocían el derecho de elegir representantes en los órganos de gobierno.

⁴ Ley 14.932 del 1959. A partir de ahora el documento será citado en el texto como *Convenio 107*.

⁵ Decreto 3998 de 1965.

Los años setenta vieron el inicio de una nueva política inspirada en el principio de «reparación histórica» de los perjuicios sufridos por las poblaciones indígenas, en concreto la privación de tierras y la exclusión del progreso de la sociedad argentina. Con este fin, en 1971, se organizó la Confederación Indígena Neuquina; en 1972 se reunió en la provincia de Neuquén el Primer Parlamento Indígena Nacional (*Futa Traun*); en 1974 se aprobó la ley 20.738, que transfería tierras a las reservas mapuches de la provincia de Neuquén y, finalmente, en 1975, nació la Asociación Indígena de la República Argentina, que envió a sus propios representantes al Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, celebrado en Canadá durante el mismo año. Estas organizaciones llegaron a la redacción de un primer proyecto de ley que recogía las principales peticiones de las comunidades indígenas. Sin embargo, la llegada de los militares al poder en 1976 bloqueó todas las actividades hasta el año 1983: del período militar se recuerda, más bien, la decisión de 1979 de quitar la tierra a la última tribu existente en la provincia de Buenos Aires—la del cacique Coliqueo de los Toldos—con el fin de asignarla con la forma de «propiedad individual».

El retorno de la democracia favoreció, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, una producción legislativa que reconocía al indígena como *sujeto diferente*, cuya diversidad tenía que ser protegida y respetada. Se trataba de un paso importante hacia el reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico para un país como Argentina, que siempre había preferido presentarse como «blanco y europeo», destacando las contribuciones extranjeras por encima de su propia cultura indígena. Fue la provincia de Formosa la que inauguró la nueva fase, ya que se adelantó a las demás en la aprobación, en 1994, de la *Ley Integral del Aborigen*; le siguieron las provincias de Jujuy, Río Negro, Buenos Aires, El Chaco, La Pampa, Neuquén, Chubut y Salta que, entre 1986 y 1998, modificaron sus propias Constituciones introduciendo un artículo que hacía referencia a las poblaciones indígenas presentes en sus respectivos territorios⁷.

6 *Ley Integral del Aborigen* de la provincia de Formosa (n. 426 del 1984). Cf. Anahí de IDOVAGA MOLINA, *Análisis antropológico de la ley integral del aborigen de la provincia de Formosa (Argentina)*, en *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, ed. de Abelardo Levaggi, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1990, pp. 285-337.

7 La provincia de Jujuy con el art. 50 de 1986; la de Río Negro con el art. 42 de 1988 y la de Formosa con el art. 79 de 1991. En 1994 reformaron sus constituciones las provincias de Buenos Aires (art. 36 inc. 9), la de Chaco (art. 37), la de La Pampa (art. 6, par. 2), la de Neuquén (art. 23, inc. d) y la de Chubut

De Constituciones como la de Chubut, que reconoce incluso la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, se pasa a la de Salta, que, si bien reconoce la personalidad jurídica y la propiedad comunitaria de la tierra se remite después al contenido de leyes posteriores y siempre con la advertencia de que no se deben lesionar los derechos de terceros. A las reformas constitucionales provinciales siguieron las leyes provinciales *ad hoc*: algunas de las cuales previeron la creación de un instituto para la tutela y representación de las poblaciones indígenas presentes en el correspondiente territorio⁸, otras preveían ya una atribución de tierras⁹ o, finalmente, más simplemente adherían a las leyes nacionales vigentes¹⁰.

En 1985, el gobierno federal aprobó la *Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes*¹¹, a la que le siguió en 1990 la creación del *Foro Permanente por los Derechos de los Pueblos Indígenas*, al cual adhirieron, además de los representantes de las poblaciones indígenas, las organizaciones y las asociaciones comprometidas con la lucha por el reconocimiento de sus derechos. Por fin, en 1992, se aprobó

(art. 34). Más reciente—de 1998—es la reforma de la provincia de Salta (art. 15). Cfr. MORITA CARRASCO, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas—Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat—Vinciguerra Testimonios, 2000, pp. 46-48 y pp. 53-56.

⁸ Por ejemplo, el *Instituto de Comunidades Aborígenes* de la provincia de Formosa, creado con la ley citada o el *Instituto Provincial de Aborígenas* con la *Ley de promoción y desarrollo del aborígen* n. 6373 de 1986 de la provincia de Salta. Cfr. M. CARRASCO, *Indigenismo y democracia: clientes, políticos, punteros, caciques, gente*, en «Cuadernos», Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano (Buenos Aires), 1994, 15, pp. 9-22.

⁹ Por ejemplo, la ley 405 de 1998 de la provincia de Tierra del Fuego, titulada, precisamente, *Adjudicación de tierras a las comunidades indígenas del pueblo Ona de la Provincia*.

¹⁰ Por ejemplo, de Mendoza la *Ley de Adhesión de la provincia al régimen de la ley nacional 23.302* (n. 5.754). Además, de Chubut la *Ley de Subprograma Integral de Mejoramiento en la calidad de la vida de las comunidades aborígenes* (n. 4384 de 1998), la *Ley de Creación del Instituto de Comunidades indígenas* (n. 2657 de 1991) y la de *Creación del registro de Comunidades indígenas de la provincia del Chubut* (n. 4013); de La Pampa la *Ley Convenio Ministerio del Interior—Campaña hacia una sociedad con todos* (n. 1610 de 1994); de Misiones la *Ley Dirección provincial de Asuntos Guaraníes—1994*; de Comunidades guaraníes—*Deroga Ley 2435* (n. 2727 de 1989); de Río Negro *Ley de Instituto nacional de Asuntos indígenas. Adhesión Ley 23303* (n. 2553 de 1992); de Santa Fe *Ley de Reservas indígenas* (n. 11078 de 1994); de Salta *Ley de Reservas indígenas* (n. 4086 de 1966) y *Ley de promoción y desarrollo del aborígen* (n. 6373 del 1986), ya citada.

¹¹ Ley n. 23.302, a la que sigue el reglamento ejecutivo en 1989.

la *Ley Ratifictoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, de 1989¹².

Es importante subrayar que la ley de 1985 y la ratificación del *Convenio 169* representaron, por lo menos en el plano político y jurídico, el paso de una política de integración y asimilación del indio a una de reconocimiento del pluralismo étnico, cultural y jurídico. El *Convenio 169* modificó radicalmente el planteamiento de las problemáticas indígenas, puesto que abandonó el principio integracionista del *Convenio 107*, eliminando, de hecho, el postulado según el cual sobrentendía la inferioridad de las poblaciones indígenas, a las cuales reconoció algunos derechos «colectivos».

Con el fin de promover el pluralismo jurídico, el *Convenio 169* prevé que, en la aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas, se deben tener en cuenta convenientemente «sus costumbres o su derecho consuetudinario» (art. 8, inc. 1) y que «en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros» (art. 9, inc. 1), reafirmando que las autoridades y los tribunales llamados a decidir sobre cuestiones de relevancia penal «deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia» (art. 9, inc. 2). Finalmente, siete artículos (arts. 13-19) están dedicados al reconocimiento de algunos derechos en relación con la tierra: los derechos de propiedad y de la posesión de las tierras que las tribus habitan tradicionalmente, el derecho a su uso y explotación (incluidas las reservas naturales) y el de recibir indemnización en el caso de que se tengan que trasladar a otros terrenos. Además, se precisan los conceptos de territorios, considerando que éstos «cubren la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera» (art. 13, inc. 2), aclaración que se fue completando con «el reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades de los pueblos indígenas»¹³.

Por tanto, el gobierno argentino—tanto en el ámbito nacional como provincial—habría tenido que adoptar medidas administrativas, legis-

¹² *Ley 24.071 Ratificación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. La Convención está en vigor desde el 3.7.2001.

¹³ Luis M. Zapiola, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes respecto de la República Argentina*, aprobado por ley n. 24.071, pp. 9-10.

lativas y judiciales para desarrollar un pluralismo cultural y político real, dentro del respeto de las peculiaridades de las comunidades indígenas, a las cuales se reconoce un «derecho a participar» en las decisiones que les afecten y que se adopten en el futuro. En otras palabras, se debería consultar a los representantes de los indígenas, según modalidades y tiempos que el Legislador habrá de definir, en línea con el *Convenio 169*.¹⁴

En un informe específico de julio de 2003, elaborado por el Equipo Nacional de la Pastoral Aborigen (ENDEPA) y por el Movimiento Ecuuménico por los Derechos Humanos (MEDH) se pone de manifiesto que Argentina todavía no ha iniciado una reforma de la legislación significativa para adecuarse no sólo al contenido del Convenio, sino también a la nueva disposición constitucional que se analiza a continuación.¹⁵

El siglo XX se cerró con la reforma constitucional de 1994; fue entonces cuando el viejo e inadecuado inciso de la Constitución (art. 67 inc. 15) fue sustituido con una nueva disposición (art. 75 inc. 17), que ahora reconoce algunos derechos a las comunidades de indios presentes en el país.¹⁶ En la redacción de la disposición, la Asamblea Constituyente tuvo en cuenta las numerosas propuestas de las asociaciones indígenas, además de las presiones del Equipo Nacional de Pastoral Aborigen y de la Asociación Indígena de la República Argentina, que constituyeron grupos de presión, garantizando una presencia de representantes indígenas durante el proceso constituyente.¹⁷

¹⁴ Luis M. ZAPIOLA, *Pueblos indígenas. Reflexiones jurídicas en torno a la multiculturalidad*, p. 7.

¹⁵ *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio número 169 de la OIT relativas asumidas por la ratificación del Convenio número 169 de la OIT relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes*, ed. del Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) y del Movimiento Ecuuménico por los Derechos Humanos (MEDH) del ENDEPA, accesible en el sitio www.endepea.org.ar. Al *Informe Alternativo* han adherido más de cincuenta organizaciones indígenas, sindicales, sociales y religiosas.

¹⁶ Art. 75, inc. 17: «Corresponde al Congreso [...] reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y 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, y transmisible ni susceptible de gravámenes y embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer directamente estas atribuciones». Entre las propuestas a la Asamblea Constituyente se recuerdan: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, *Comisión de Asuntos Indígenas*.

¹⁷

Así pues, con la entrada del año 1994, parecía que Argentina quería dejar atrás las tendencias asimilacionistas y de homogeneización de la cultura de finales del XIX y así comenzar a tener en cuenta a alrededor de millón y medio de indios, para una población total de treinta y seis millones de habitantes¹⁸. En los resultados del censo de 2000 se observa que en el país están presentes: en las regiones del noreste (provincias de Chaco, Formosa, Misiones y Santa Fe) las comunidades Mbya-Guaraní, Mocoví, Pilagá, Toba, Yielá y Wichí; en las regiones del noroeste (provincias de Jujuy, Salta, Santiago del Estero, Tucumán, La Rioja,

Conclusiones del Encuentro por la reforma constitucional, Buenos Aires, 21-23 abril 1994; Congreso Indígena de Integración Patagónica. *Conclusiones sobre la reforma constitucional*, El Bolsón, Río Negro, 16-19 abril 1994; Asociación Indígena de la República Argentina, *Los indígenas en la reforma constitucional*, Buenos Aires 1994; Equipo Nacional de Pastoral Aborigen, *Garantizar los derechos indígenas en la reforma constitucional*, Buenos Aires, octubre 1993; Pueblos Indígenas-Tribales de los Bosques Tropicales, *Resolución de la Conferencia de Penang, Malaysia*, febrero 1992; *Conferencia Iberoamericana de Comisiones Nacionales para la conmemoración del Descubrimiento de América. Encuentro de dos mundos*, VII Reunión, Guatemala 1989; Consejo Mundial de Pueblos Indios, *Declaración de principios*, IV Asamblea Mundial, Panamá, 1984.

La Comisión de Nuevos Derechos y Garantías presentó a la Convención Constituyente el 7 de julio de 1994, después de un examen de unas sesenta propuestas de los diferentes grupos indígenas, una propuesta de artículo constitucional, al cual la Comisión de Redacción de la Convención aportó algunas modificaciones. El proyecto no se separaba mucho del actual inciso, ya que preveía: «Reconocer en concurrencia con las provincias, la preexistencia de los pueblos indígenas constitutivos de la Nación Argentina, garantizando el respeto a su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades; la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, disponiendo la entrega de las aptas y suficientes para el desarrollo humano, las que no serán enajenables ni embargables, asegurar su acceso a una educación bilingüe e intercultural; y a su participación en las decisiones para la utilización racional, administración y conservación de los recursos naturales en la gestión de sus intereses y en la vida nacional». Gonzalo Segovia - Juan Fernando Segovia, *La protección de los indígenas*, en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, ed. de Dardo Pérez Guilhón, Buenos Aires-Mendoza, Depalma, 1995, p. 331.

¹⁸ Hay que tener presente que, en cualquier caso, Argentina es el país con menos indígenas con respecto a los demás Estados de América Latina. En 1895 se consideraba que la población indígena era de 180.000 individuos, con un porcentaje de 4,3% sobre la población total, estimada en 4.014.911 habitantes. Los datos me los ha proporcionado amablemente el Equipo Nacional de Pastoral Aborigen el 28.10. 2003, precisando que se trata de cifras todavía oficiosas, puesto que se esperan los resultados del último censo de 2000, que, sin embargo, en marzo de 2005 todavía no se han hecho públicos.

San Juan y Catamarca) las comunidades Atacama, Avá-Guaraní, Chané, Chorote, Chulupí, Diaguita, Calchaquí, Kolla, Omaguaca, Oclaya, Tapiete, Toba, Tupí-Guaraní y Wichí; en las provincias del sur (provincias de Chubut, Neuquén, Santa Cruz y Tierra del Fuego) las comunidades Mapuche, Ona, Tehuelche y Yamana, y, finalmente, en las regiones centrales (provincias de Mendoza, La Pampa y Buenos Aires) las comunidades Huarpe y Rankulche.¹⁹

Desde 1994, el gobierno argentino habría tenido que trabajar en tres ámbitos para desarrollar la nueva disposición constitucional. Antes de nada, en el ámbito nacional, el Congreso habría tenido que elaborar, por ejemplo, una definición de «propiedad comunitaria de las tierras», ocuparse de la elección de los terrenos que se habría de asignar a las comunidades indígenas y regular la participación de estas comunidades en la gestión de los recursos naturales. Dado que existe un conflicto de competencias con las Provincias (como se denominan en Argentina los Estados miembros de la Confederación), al mismo tiempo, en el ámbito local, también estas últimas habrían debido intervenir, ya que están más próximas a cada una de las realidades indígenas. Finalmente, también el poder judicial habría tenido que contribuir tanto a través de los tribunales locales, que habrían tenido que reconocer derechos a los indios en cada una de las controversias, tanto a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta última habría debido resolver eventuales problemas que surgieron en el ámbito nacional por la aplicación del art. 75 inc. 17 y de las leyes correspondientes y, en el ámbito internacional, por el eventual conflicto entre el derecho argentino (nacional o provincial) y los tratados internacionales sobre el tema.

2. SOBRE LOS NUEVOS «DERECHOS» RECONOCIDOS A LOS INDÍGENAS POR LA CONSTITUCIÓN

La primera innovación introducida por la reforma de 1994 es el reconocimiento de «la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos», acogiendo de este modo la tesis según la cual antes de esa fecha existían comunidades indígenas con derechos especi-

¹⁹ Los datos provienen del *Informe* alternativo, cit., que se puede consultar en el sitio www.endepa.org.ar, el cual cita *Hechos enero-diciembre 2001. Derechos Humanos en Argentina Informe 2002 CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales)*, pp. 393-394.

ficos y que no es la Constitución misma la que reconoce su existencia. Además, el gobierno argentino asume «la responsabilidad histórica del genocidio y étnocidio sufridos por los Pueblos Nativos», legitimando un estatus jurídico diferente como reparación por los sufrimientos infligidos que garantice el pluralismo étnico, cultural y jurídico²⁰. En otras palabras, se reconoce un derecho fundamental que se puede definir como «un derecho a la existencia cultural alterna»²¹.

Posteriormente la previsión de «reconocer la personería jurídica de sus comunidades» ha encontrado un consenso tanto en la Convención Constituyente como en la doctrina, aunque algunos juristas se hayan dividido a posteriori sobre la necesidad de reconocerla o no²².

Por lo que respecta a la propiedad de la tierra, se ha puesto de manifiesto que el reconocimiento de «la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan» implica —fundamentalmente— la necesidad de definir con una ley *ad hoc* la «propiedad comunitaria», que no está prevista en el Código Civil argentino actual. Pero su definición sería «¿algo similar a los 'Ayllu' del imperio inca, en la América precolombina?», se pregunta el argentino Ekmejdjian, lo cual pone de manifiesto, además el peligro de que puedan surgir controversias entre los ocupantes de los terrenos, en el caso de que se procediese a un primer censo de las tierras ya ocupadas por las poblaciones o de las «tradicionalmente» ocupadas. Ekmejdjian observa —finalmente, que si tuviéramos que atenernos a la historia, todo el territorio argentino fue antiguamente «propiedad tradicional de las

²⁰ Laura Ramos, *Reforma constitucional: una nueva relación entre el Estado argentino y los pueblos originarios*, p. 3, en www.alertanet.org.

²¹ Cfr. Leonor SLAVSKY - Luis M. ZAPIOLA, *Reflexiones jurídicas en torno a la multiculturalidad y la resolución alternativa de conflictos*, pp. 1 y 4, en www.alertanet.org.

²² El constitucionalista argentino Carlos María Biddegain, por ejemplo, manifiesta que, con la inscripción en el *Registro de Comunidades Indígenas* previsto por la ley 23.302, las comunidades ya la han adquirido. Su colega Bidart Campos, sin embargo, considera que se debe reconocer aún, teniendo presente «la peculiaridad asociativa que les imprime la índole indígenista». Finalmente, se ha sostenido también que la Constitución misma la atribuye a las comunidades indígenas, que se convierten, por tanto, en personas de derecho público junto a las provincias, a la Iglesia y a los municipios. Biddegain y Bidart Campos son citados por Sonia FERNÁNDEZ, *Naciones Indígenas (Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina y Chile)*, en www.alertanet.org. La autora cita C. M. Biddegain, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, y G. J. Bidart Campos *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, t. III, así como cfr. G. SEGOVIA - J. F. SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 336-337, y M. CARRASCO, *Los Derechos*, cit., pp. 43-44.

comunidades indígenas» y que, como consecuencia, habría que devolverlo completamente.²³

En cualquier caso, en ausencia de una ley que defina la «propiedad comunitaria», Bidegain sugirió recurrir al art. 4 de la *Ley de Política Indígena y Apoyo a las comunidades aborígenes* de 1985, que autoriza a las comunidades a regirse con la legislación vigente en Argentina, que reglamenta las diferentes formas de asociación (por ejemplo las cooperativas)²⁴.

Una opinión contraria la propone el estudioso Diez, el cual sostiene que cada pueblo debe administrar sus respectivas tierras mediante autoridades e instituciones propias. En caso contrario se privaría de significado la afirmación de la Constitución de «garantizar el respeto a su identidad», ya que considera que la identidad indígena se manifiesta, sobre todo, gracias a su especial relación con la tierra.²⁵ Más extremos se revelan los juristas Gonzalo Segovia y Juan Fernando Segovia que —ya en 1995— sostuvieron que se trataba de un «un expreso supuesto de prohibición de la propiedad privada» y que la Constitución había superado las peticiones de las asociaciones indígenas que presentaron las propuestas²⁶, llegando incluso a sostener que se podía producir una violación del art. 14 de la misma Constitución con la prohibición de la propiedad privada de esas tierras.

Sin embargo, la estruendosa Carrasco observa que, en 1929, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una sentencia que implicaba a la

²³ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, 4.º, p. 119. Los Ayllu son los grupos en los que se divide una comunidad indígena.

²⁴ Bidegain es citado por Fernando DIEZ, *Costumbre jurídica indígena y diversidad cultural en el anteproyecto de Código procesal penal de Neuquén*, cita C. M. BIDEGAIN, *op. cit.* El estudio de Diez se encuentra en el sitio www.alertanet.org.

²⁵ F. DIEZ, *op. cit.*

²⁶ La cursiva es de los autores. Durante el desarrollo de la propuesta, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) se refirió sólo a «la posesión y propiedad de las tierras»; el Equipo Pastoral Aborígen (ENDEPA) usó la expresión «derecho a la posesión y propiedad individual y comunitaria de la tierra»; la Asociación Indígena de la República Argentina (AIRA) y el Foro Permanente reclamaron «la posesión y propiedad de la tierra que tradicionalmente ocupan» y, por fin, la Asociación Thaka Honat pidió que se asegurase «la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan». Cf. G. SEGOVIA - J. F. SEGOVIA, *op. cit.*, nota 40 en p. 338, que cita Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, *Propuesta de reforma constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Santa Fe/Paraná, 1994, pp. 4 e 10-11.

provincia de Jujuy y a un particular no reconoció la existencia de la «propiedad comunitaria de la tierra», motivándola con la inexistencia de esa institución en el Código civil vigente en ese período. Ahora bien, el que la Corte lo haya mencionado en la sentencia induce—hoy—a considerar que hubo un reconocimiento implícito de un tipo de propiedad que, de hecho, existía antes de la entrada en vigor del Código en cuestión. A la luz de la reforma de 1994, que ha introducido en el texto constitucional la expresión «propiedad comunitaria de la tierra», Carrasco sostiene que hoy en día es posible también su reconocimiento y, por tanto, una atribución de los terrenos con esta modalidad²⁷.

Otro aspecto que la doctrina ha tomado en consideración ha sido la expresión «tierras que [los indios] tradicionalmente ocupan», con respecto a la cual, la estudiosa Ramos subraya que se puede considerar que su «titularidad (aspecto jurídico formal) emerge directamente del reconocimiento constitucional y que el modo de recuperación (aspecto jurídico real) es la ocupación tradicional», especificando que con el término «tierras-territorio ocupadas tradicionalmente» se designa las formas propias de organización política, social, económica y espiritual de las comunidades que ya las habitan²⁸.

Posteriormente, la previsión según la cual se asignaría nuevas tierras «aptas y suficientes para el desarrollo humano» ha generado una gran esperanza, aunque se ha observado que el acceso a las nuevas tierras podría generar el problema de una eventual petición de tierras como «propiedad individual» por parte de aquellos que, aunque siguen formando parte de la comunidad indígena, quieran separarse de ella en el desarrollo de algunas actividades. Una solución podría ser la de consentir el acceso a parcelas de tierra situadas al margen de la propiedad comunitaria, previendo que sea el derecho civil vigente el que regule la propiedad privada individual. Sobre este último aspecto se ha objetado que sería necesaria una nueva legislación más adecuada, puesto que se trataría de una figura, precisamente, nueva y extraña al derecho civil vigente²⁹.

²⁷ «Lorenzo Guarí y otros contra la Provincia de Jujuy, s/reivindicación», 9.09.1929, en M. CARRASCO, *Los derechos*, cit., pp. 198 ss.

²⁸ Esto es, «veranadas, invernadas, zonas de recolección de frutos, zonas de recolección de leña, zonas de plantaciones medicinales, áreas sagradas». L. RAMOS, *op. cit.*, p. 3, que cita Raúl MOLINA, *Reconstrucción de los etno-territorios*, en *Tierra, territorio y desarrollo indígena*, Instituto de Asuntos Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 1995.

²⁹ Cf. BIDEGAIN citado por S. FERNÁNDEZ, *Naciones Indígenas*, cit.

Finalmente, las tierras ya ocupadas tradicionalmente o asignadas no serán enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargo. Si bien estos vínculos garantizan, por una parte, el vínculo estable entre las comunidades indígenas y su tierra, por otra, se ha advertido también que de este modo se ha creado «un *estatus* especial que viola la legislación y los principios constitucionales sobre los derechos reconocidos. Consagra un privilegio inaudito que no tienen, por ejemplo, los jubilados ni los propietarios pobres, entre otros grupos actualmente «discriminados», creando así las condiciones para que se pueda producir un efecto contrario al esperado: por ejemplo, la tierra no podrá constituir un aval para obtener créditos que permitan una inversión para explotar la económicamente o para construir una vivienda. «El aparente beneficio puede convertirse en un verdadero perjuicio»³⁰.

3. UN PRIMER BALANCE DE LOS EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN CON RESPECTO A LOS DERECHOS SOBRE TIERRA Y TERRITORIO DE LOS INDIOS

Al mismo tiempo que se produce el debate doctrinal, se han realizado algunas iniciativas para estimular al gobierno argentino en la dirección de una efectiva ejecución de las disposiciones constitucionales que, sin duda, tendrán una mayor importancia para las comunidades indígenas.

El *Equipo Nacional Pastoral de Aborigen* de la Iglesia católica, que prosigue la actividad iniciada durante la reforma constitucional, realizó entre 1996 y 1997 el *Programa de Participación de los pueblos indígenas* (PPI), que estableció algunos encuentros entre las comunidades y los respectivos representantes legales a cinco niveles (local, de zona, provincial, regional y nacional) para definir las principales peticiones y necesidades de las comunidades. Sin duda, fue la ocasión —explica Carrasco— para que las partes y las comunidades indígenas se conocieran, compartieran las experiencias y buscaran soluciones comunes, sin la participación, sin embargo, de representantes del gobierno, aunque era éste el que financiaba la iniciativa. En las *Conclusiones finales* de agosto de 1997 se recogieron las principales peticiones de las poblaciones aborígenes, que después fueron presentadas al Congreso de la nación; si bien la iniciativa no ha tenido continuación.

³⁰ G. SEGOVIA - J. F. SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 338-339.

También en 1997, con el patrocinio del Banco Mundial, la *Coordinación de Organizaciones Mapuche Taiñ Kiñegetuam* creó *El Foro Indígena Patagónico*, que se concluyó, igualmente con la redacción de un documento que determinaba el estado de la cuestión y recogía las principales instancias de los representantes de las poblaciones Mapuche, Tehuelche, Selknam/Ona.

Finalmente, en 1999, se celebró el *Primer Seminario de Políticas Sociales para los pueblos Indígenas de Argentina*, impulsado por el *Consejo de Organizaciones Aborígenes de Jujuy* y por la *Organización Regional Indígena Andina del Norte Argentino*. También en esta ocasión se redactó un documento final que, reconociendo las peculiaridades étnicas y culturales del país, subrayaba la necesidad de que tuvieran plenos efectos jurídicos y principios de justicia y de igualdad de oportunidades y que se garantizara la efectiva participación en todas las cuestiones que afectarían a las comunidades indígenas, como dispone la Constitución Nacional.

También en esta ocasión se redactó un documento final que reconocía las peculiaridades étnicas y culturales del país, al tiempo que subrayaba la necesidad de que obtuvieran plenos efectos jurídicos los principios de justicia y de igualdad de oportunidades y que se garantizara la participación efectiva en todas las cuestiones que afectarían a las comunidades indígenas, como dispone la Constitución Nacional.

Del análisis de los documentos producidos al final de las tres iniciativas indicadas brevemente con anterioridad, la estudiosa Carrasco³¹ explica que, con diferentes tonos y también con algunas contradicciones, las poblaciones indígenas hoy piden que el gobierno reconozca su derecho a autogobernarse, en base al reconocimiento constitucional de la «pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos». En otras palabras, las comunidades explican: «vamos a respetar las leyes del Estado, pero queremos que el Estado respete también nuestras propias leyes y sus órganos de aplicación».³²

Por lo que respecta a la actividad legislativa nacional, se señala que en 1995 se aprobó una ley que preveía la creación del *Fondo para el Desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y Caribe* y, en 1997, el país se incorporó al *Decenio Internacional de las Poblaciones*

³¹ Los documentos se encuentran en M. CARRASCO, *Los derechos*, cit., pp. 263-352.

³² M. CARRASCO, *Estado, Ley y comunidades. Autonomía indígena, la utopía del nuevo siglo*, p. 7, en www.pucp.edu.pe/irala/relajup/ponencias/17.pdf

Indígenas del Mundo. También en 1997 una ley dispuso la inclusión de las poblaciones indígenas en el censo del año 2000. Sus futuros resultados despertaron una gran atención, puesto que deberían ofrecer un cuadro de la entidad efectiva de las comunidades indígenas presentes en Argentina, pero todavía no se han hecho públicos³³.

Finalmente, una ley más reciente, julio de 2002, prevé el inicio en el país de una campaña de difusión de los derechos de los indígenas mencionados en la Constitución, a través de la radio, la televisión, la prensa y los programas en las escuelas, además de disponer que el contenido del inciso se pueda traducir en las diferentes lenguas de las comunidades indígenas presentes en el país actualmente³⁴.

Por lo que respecta al aspecto de los derechos inmobiliarios, el *Instituto Nacional Indigenista* indica que las novecientas comunidades presentes actualmente en Argentina tienen dificultades para obtener la asignación de nuevos terrenos, puesto que se encuentran ante un sistema de propiedad de la tierra que se ha ido consolidando durante los años a favor de los grandes terratenientes. En efecto, gracias al art. 2342 del Código civil³⁵ las tribus fueron expropiadas de sus terrenos, que pasaron a la propiedad del Estado o bien fueron adquiridas por particulares a través del Banco Hipotecario Nacional. La concesión de tierras a los particulares ha implicado la expulsión de los indios de su tierra o bien su uso como mano de obra a bajo costo por parte de los nuevos propietarios (el Estado o los particulares) en la explotación de los mismos territorios³⁶.

Un estudio del *Equipo Nacional Pastoral del Aborigen* publicado en junio de 2001 explica que, en nueve provincias argentinas, el 66% de la población aborigen todavía no ha obtenido el reconocimiento de los títulos de propiedad de la tierra. En los casos en los que los terrenos habían sido

³³ *Ley de Constitución del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y Caribe* (n. 24544 de 1995), *Ley de Adopción del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo* (n. 24874 de 1997) y *Ley de Incorporación al Censo Nacional de Población y Vivienda* (n. 24956 de 1997). El censo ha sido realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), que en marzo de 2005 todavía no ha hecho públicos los resultados correspondientes a la población indígena.

³⁴ *Ley 25.607 Establécese la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos argentinos* (promulgada el 4.07.2002). El art. 2342 disponía: «Son bienes privados del Estado general o de los estados particulares [...] inciso 1.º: todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño».

³⁵ L. M. ZAPUOLA, *El Convenio 169*, cit., pp. 4 e 8.

ya asignados, éstos se demuestran demasiado pequeños, áridos e insuficientes para el sustento, además de los casos de asignación de tierras de propiedad pública ya ocupadas por otros campesinos, generando así «conflictos entre pobres» o, en cualquier caso, entre grupos sociales necesitados³⁷.

Además, han surgido dificultades en lo que respecta a la llamada «propiedad comunitaria de la tierra», puesto que —en línea con la Constitución— las provincias han comenzado a asignar tierras a las comunidades indígenas, pero en la perspectiva del derecho de propiedad «individual» y atribuyendo así tierras demasiado pequeñas para toda la comunidad³⁸. Por fin, el estudio denuncia el tiempo excesivo de las autoridades nacionales y provinciales y el derroche de recursos financieros en estudios y análisis de proyectos que no beneficiarían a las comunidades.

En mayo de 2003, con ocasión del *Encuentro de comunidades indígenas* de la provincia de Tucumán, se ha ilustrado la situación de las comunidades indígenas de la provincia por lo que respecta a la asignación de nuevas tierras o el reconocimiento de la posesión o de la propiedad de las ocupadas tradicionalmente. En el cuadro que emerge se muestra no sólo que el inc. 17 del art. 75 de la Constitución no se ha aplicado, sino que ni siquiera se han recibido los efectos de la *Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes* de 1985, a la cual la provincia adhirió con la ley 5.778 y el *Convenio 169*. En efecto, en años recientes, las comunidades de Tucumán han sido privadas de algunos territorios que habitaban desde hacía tiempo y que han sido asignadas posteriormente a nuevos propietarios, o bien parcelas de sus tierras han sido recintadas con alambre de espino de un día para otro por terceros que esgrimían derechos de propiedad y, por fin, algunas comunidades se les ha reconocido el derecho a recibir nuevas tierras, que, sin embargo, nunca les han sido asignadas³⁹.

³⁷ Washington URANGA, *Un informe del Equipo Pastoral Aborígen indica que pese a que la misma Constitución reconoce sus derechos, las comunidades nativas no reciben tierras o reciben verdaderos desiertos*, en www.endepa.org.ar (11 junio 2001).

³⁸ Por ejemplo, el gobierno de la provincia de Salta ha distribuido pequeñas parcelas de tierra, generando conflictos entre las partes, a pesar de que la asociación Laka Honat, que agrupa a 35 comunidades, y la Universidad de Salta se hubieran pronunciado en contra.

³⁹ Se trata del *Encuentro de Comunidades Indígenas* que se desarrolló entre el 24 y 25 de mayo de 2003. Las comunidades son: El Nogaito, los Tolombones, Chuschagastas, Tañ del Valle y Quilmes.

En cualquier caso, no es diferente la situación que surge de una investigación en las otras provincias argentinas, aunque es necesario tener presente que las acciones legales emprendidas por los particulares o por las comunidades con la asistencia de asociaciones específicas son numerosas y siguen aumentando, con el fin de obtener la restitución de tierras o para denunciar la ocupación abusiva por parte de terceros.

En la provincia de Jujuy la posición de las comunidades indígenas mejoró aparentemente en un primer momento, gracias al *Programa de regularización de tierras de las comunidades aborígenes*, emprendido por la provincia misma y gracias a las leyes nacionales de expropiación de las fincas Tubaya en Jujuy, Santiago y San Andrés en Salta. Además, en el año 2000, la Asociación Lhaka Honhat y el Estado argentino se han puesto de acuerdo para iniciar un proceso de negociación que conduzca a una «solución amistosa» de una controversia que surgió en 1998 entre algunas comunidades aborígenes y, precisamente, el gobierno nacional, para el reconocimiento del derecho de propiedad comunitaria de algunos terrenos en los que las comunidades residen desde tiempos ancestrales, además del derecho de explotación de los recursos naturales y a la suspensión de la construcción, ya iniciada, de carreteras y puentes⁴⁰. Sin embargo, es reciente la noticia según la cual, a pesar de los buenos propósitos, en el área se procede a la deforestación y a la construcción de recintos, de tal modo que la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIHD) se ha decidido a intervenir, para exhortar al Estado argentino para que encuentre una rápida solución, con una amenaza de denuncia por violación de los derechos de propiedad de la tierra de las comunidades indígenas⁴¹.

En La Plata, por el contrario, las comunidades guaraníes reclaman las tierras del valle de Kuña Pirú, que la Universidad de La Plata ocupa desde 1992 a pesar de haber prometido su restitución⁴². Finalmente, en Neuquén se ha denunciado la ocupación abusiva por parte de una empresa privada de una porción de tierra habitada por las comunidades indígenas mapuches y se ha iniciado una acción legal para obtener del juez el reconocimiento de la posesión de las tierras ocupadas por la comunidad⁴³.

⁴⁰ La controversia inició en 1998, cuando las comunidades aborígenes que residen en los terrenos de propiedad pública 55 y 14 de la provincia de Salta denunciaron al Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Informativo de Endepa*, septiembre 2003, en www.endepa.org.ar.

⁴¹ *Boletín Informativo de Endepa*, septiembre 2003, en www.endepa.org.ar.

⁴² *Boletín Informativo de Endepa*, abril 2003, en www.endepa.org.ar.

⁴³ *Boletín Informativo de Endepa*, abril 2003, en www.endepa.org.ar.

Más recientemente, en febrero de 2004, la *Fundación para la Defensa del Ambiente* (FUNAM) ha denunciado la violación por parte del gobierno de la provincia del Chaco de la Constitución provincial (art. 37), de la Constitución nacional (inc. 17 art. 75) y del *Convenio 169*, por cuanto ha aprobado una ley que facilitaría una deforestación indiscriminada del bosque en los Departamentos de Almirante Brown y General Güemes, con un daño para el ambiente que repercutiría en las condiciones de vida de las tribus Wichí, Quom e Mocoví.⁴⁴

4. LAS PRIMERAS SENTENCIAS QUE RECONOCEN LOS DERECHOS DE LOS INDIOS

En el ámbito local, en la provincia del Río Negro se señala la sentencia de agosto de 2004 del juez Riat, que ha reconocido a una familia mapuche «la posesión ancestral» de un terreno, puesto que fue donado en 1900 con un decreto del presidente Roca al cacique Ancalao, como recompensa por colaborar en la *Campaña del desierto*. Riat añadió después que la misma Constitución rionegrina admite la «preexistencia de la cultura aborigen» y la vigencia del *Convenio 169*, además de recordar la disposición de la Constitución nacional introducida en 1994.⁴⁵ El juez Riat, por otra parte, no es la primera vez que realiza reconocimientos sensoriales de este tipo, pues fijó en una sentencia de 4 de septiembre de 2002 el principio según el cual nadie puede entrar en un terreno desplazando o alzando recintos y esgrimiendo un título de propiedad o un contrato de compra cuando, en realidad, una comunidad indígena lo ocupe tradicionalmente y reivindique su posesión.⁴⁶

En el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en una sentencia de 11 de julio de 2002⁴⁷ el derecho de la comunidad Wichí Hoktek TOI a presentar ante la Corte de Justicia de

⁴⁴ Circular de Endepa del 18 de febrero de 2004, consultable en el sitio www.endepa.org.ar. La ley en cuestión es la 5.285. La *Fundación para la Defensa del Ambiente* (FUNAM) es una ONG fundada en 1982.

⁴⁵ La noticia de la sentencia fue publicada por el diario «El Clarín» el 19.08.2004, que cita, para mayor información, el sitio <http://argentina.indymedia.org>.

⁴⁶ La sentencia es la del caso «Dolorindo Oñate y otros c/ Pablo Rago y otros s/ interdicción de retener», expediente 14.886-14-00, que reconoce a la comunidad Com Kiné Mu del departamento de Norquino el derecho a ocupar esas tierras. El caso es «Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek TOI c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable».

⁴⁷ El caso es «Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek TOI c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable».

la provincia de Salta un recurso de amparo⁴⁸, para obtener la anulación de dos actos administrativos de la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, que autorizaban la «la deforestación indiscriminada» de una determinada área que confinaba con la comunidad indígena Wichi Hoktek T'OI. El tribunal local había rechazado el recurso de amparo, sosteniendo que, para obtener la anulación de los actos administrativos, la comunidad habría tenido que valerse de procedimientos administrativos o bien ordinarios. La Corte Suprema, sin embargo, sostiene que, precisamente por las probables e irreparables consecuencias que la deforestación podría provocar en el ambiente, como la extinción de algunas especies animales y las posibles alteraciones del clima y del suelo, el tribunal provincial habría debido aceptar el recurso de amparo. En definitiva, se trataba de «una efectiva protección de derechos» de la comunidad, que a través de las vías ordinarias no habrían sido tutelados suficientemente.

Por fin, ya en mayo de 2000, una sentencia emitida en la provincia de Chubut se refirió expresamente a la disposición constitucional y a la doctrina, especificando que «por explícita decisión del constituyente las comunidades de referencia pasan a ser propietarias y poseedoras de las tierras que ocupan tradicionalmente». En este caso concreto, la sentencia reconoció el derecho de propiedad que defendía el actor y que nacía de la ocupación de la tierra de manera constante y desde tiempo inmemorial, más que de una «una ocupación *animus domini*» prescindiendo de las reglas del derecho civil⁴⁹.

5. PRIMERAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES: FORMOSA Y MISIONES

La provincia de Formosa, al noreste del país, fue la primera que aprobó una ley relativa a las comunidades indígenas presentes en su

⁴⁸ Art. 43, c. 1 Const. naz.: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».

⁴⁹ «Narez, Leyla Marcela s/denuncia usurpación».

propio territorio⁵⁰, además de reformar su propia Constitución, reconociendo «al aborigen su identidad étnica y cultural siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos por esta Constitución», asegurando el respeto y el desarrollo social, cultural y económico de las comunidades, a las cuales se garantiza la participación en la toma de decisiones que les afecten directamente (art. 79).

Para dar un mayor desarrollo a la reforma constitucional de 1994, los representantes de las etnias Wichi, Toba e Pilagá propusieron en marzo de 2003 modificar⁵¹ la Constitución provincial sustituyendo el anteriormente citado art. 79 con una disposición similar a la introducida en ámbito nacional en 1994⁵². En efecto, la provincia se comprometería a reconocer «la preexistencia de los pueblos indígenas, sus organizaciones e instituciones propias». Además, habría tenido que garantizar y reconocer la identidad étnica y cultural, la educación bilingüe e intercultural, la personalidad jurídica de las comunidades, con sus formas de organización política, social y económica. Finalmente, por lo que respecta a la tierra, garantizaría la posesión, la propiedad de la tierra y del territorio que las comunidades ocupan tradicionalmente, el derecho de recibir otra en el caso de que fuera necesaria para el desarrollo y la participación de las comunidades en la explotación de los recursos naturales. Además, con el inc. 10 del art. 93, la provincia se comprometería a garantizar «Que la educación impartida en las comunidades indígenas se realice en forma bilingüe e intercultural», asegurando igualdad de oportunidades a los alumnos y a los docentes indígenas y garantizando la cobertura económica para toda actividad emprendida con este fin. Por último, la propuesta preveía que el *Convenio 169* y la *Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* se citaran expresamente en la Constitución, de acuerdo con lo dispuesto a nivel nacional.

La Cámara Constituyente de la provincia aprobó, sin embargo, sólo algunos puntos de la propuesta de reforma: el reconocimiento de la «preexistencia de los pueblos indígenas» y la garantía de una educación bilingüe y de la atribución de la personalidad jurídica de las organizaciones que representan a los indios⁵³.

⁵⁰ Ley 426 de 1984.

⁵¹ La Comisión compuesta por once representantes de las tres etnias elaboró la propuesta denominada *Reforma de la Constitución y pensamiento indígena*. Equipo de Pueblos Indígenas, 19 junio 2003, *Formosa*—*Diario de La Mañana*—

⁵² *Aborígenes piden que se incluyan los derechos indígenas en la Constitución*. *Boletín Informativo de Endepa*, junio y julio 2003, en www.endepa.org.ar.

⁵³

Esto muestra que la exclusión y la discriminación con respecto a las etnias de la Provincia se practican todavía, a pesar de que se hayan firmado tratados y convenios internacionales y se haya reformado la Constitución nacional.

También en la provincia de Misiones se presentó una propuesta de reforma de la Constitución provincial que prevé el reconocimiento de los derechos de la comunidad Mbya Guaraní, según el modelo que ofrece el inciso 17 del art. 75 de la Constitución nacional. Se ha alcanzado una primera meta: en efecto, la *Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Representantes de Misiones* aprobó el proyecto. Ahora se espera el examen de la propuesta por parte del Legislativo provincial, a lo que seguirá, en el caso de que el resultado fuera positivo, un *referendum* en la provincia, para aprobar de forma definitiva la reforma de la Constitución.⁵⁴

6. CONCLUSIONES

Después de casi diez años desde la reforma constitucional, todavía falta en Argentina, tanto a nivel nacional como provincial, una reforma de la legislación que desarrolle completamente la disposición constitucional y la *Convención 169*.

En una primera lectura, el inc. 17 del artículo 75 parece ofrecer una amplia gama de garantías para los indios pues: se refiere a éstos con el término de «pueblos» (en línea con la *Convención 169*); les reconoce su preexistencia étnica y cultural; les asegura el derecho a una instrucción bilingüe e intercultural, y, por lo que se refiere a los derechos inmobiliarios, el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra y el de participar en la gestión y explotación de los recursos naturales. En un análisis más minucioso se nota, sin embargo, que no hay «quien garantice tales derechos», dado que se trata de una atribución de competencias al Congreso, que debería actuar en su tutela, pero que no cuenta entre sus componentes con representantes de las comunidades.

También el reconocimiento de los derechos indígenas por parte de la Justicia es lento y farragoso, puesto que choca con una serie de intereses económicos y políticos tanto en ámbito nacional como provincial, los cuales quizás ya estaban presentes en el momento de la reforma. Se ha de recordar, por ejemplo, que el gobierno de la provincia de Misiones ha intentado confinar a la comunidad Mbya Guaraní Yraipú de Puerto

⁵⁴ *Boletín Informativo de Endepa*, septiembre 2003, en www.endepa.org.ar.

Iguazu en un área determinada, para liberar de este modo el territorio ocupado por los mismos con la esperanza de construir allí un complejo hotelero⁵⁵. En la provincia de Neuquén, por el contrario, las comunidades mapuches Millaqueo y Cheuquel denunciaban la presencia en su territorio de dos empresas privadas que están procediendo a la explotación de los recursos naturales, sin que el gobierno provincial o nacional interviengan⁵⁶.

Por tanto, no parece osado suponer que los derechos indígenas fueron reconocidos en 1994 más para tener contenta a una cuota de votantes potenciales en las elecciones presidenciales de 1995 que para una toma de conciencia efectiva de la realidad indígena. En definitiva, se trató de una elección de oportunidad política y de estrategia electoral que, sin duda, premió a corto plazo a Menem y a su partido con la victoria en las elecciones presidenciales de 1995 pero que posteriormente puso de manifiesto las dificultades—hasta aquel momento escondidas o minimizadas—para su completo desarrollo.

⁵⁵ El área de la comunidad tiene una extensión de 600 hectáreas e intenta concentrar a la población indígena en 62 hectáreas solamente. Las estrategias adoptadas para convencer a las comunidades para que se desplazaran han incluido también el incendio de algunas viviendas. *El Informe alternativo sobre el cumplimiento del Estado argentino a las obligaciones asumidas por la ratificación del Convenio número 169 de la OIT relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes*, ed. del Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA) y del Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos (MEDH) del ENDEPA, reproducible in www.endepa.org.ar, recoge la denuncia presentada por el cacique Miguel Morinigo.

⁵⁶ Las empresas son Ambar SA y Riscos Bayos SA, propiedad de Carlos Sápag. *El Informe alternativo*, cit. recoge la denuncia presentada por Alberto Neculuan, miembro de la comunidad Cheuquel.