

## Derechos indígenas en Argentina. Territorios y propiedad comunitaria<sup>1</sup>

*Carolina A. Maidana*  
(UNLP)

*Ana Cristina Ottenheimer*  
(UNLP)

*Diana V. González*  
(UNLP)

*Griselda L. Aragón*  
(UNLP)

*Liliana E. Tamagno*  
(UNLP)

### NOTAS SOBRE LEGISLACIÓN INDÍGENA EN ARGENTINA

En este trabajo se esboza el contexto normativo argentino en relación a los derechos de los pueblos indígenas, haciendo particular énfasis en la presentación del anteproyecto para reformar, actualizar y unificar los Códigos Civil y Comercial de la Nación, específicamente en la propuesta de incorporación de la propiedad comunitaria indígena elaborada a partir del decreto presidencial 700/10 (Boletín Oficial -BO- 21-05-2010).

En Argentina el respeto por la identidad y la diversidad cultural es asegurado tanto por preceptos nacionales como cláusulas de garantía dispensadas por el derecho internacional, en el marco de los derechos humanos. Los reconocimientos jurídicos otorgados a los pueblos indígenas desde la colonia hasta nuestros días se relacionan tanto con coyunturas sociopolíticas y económicas -locales e internacionales-, como con la propia historia de lucha de estos pueblos<sup>2</sup>. De allí que la nueva visibilidad política y cultural<sup>3</sup> de los pueblos indígenas de América a partir de la década de 1970 aparezca entrelazada tanto al reconocimiento de los derechos humanos y la pluralidad cultural en los instrumentos jurídicos internacionales -que fueron impactando diferencialmente los niveles nacionales y locales- como a la movilización etnopolítica que cuenta desde entonces con más canales de expresión y negociación con el Estado<sup>4</sup> (Barabas 2010).

El proceso de modificación de la normativa referida a los derechos de los pueblos indígenas ocurrido en Argentina en las últimas décadas es señalado, por Altabe y otros, como trascendente en varios aspectos. En primer lugar, los autores destacan la "legítima irrupción de conceptos innovadores de algunas nociones clásicas del derecho que cuestionan las políticas legislativas tradicionales" (Altabe *et al.* 1996:78), destacando en particular la "génesis inversa"<sup>5</sup> en la estructuración del orden jurídico específico que ha generado esta legislación: el surgimiento de una primera Ley provincial, después de un tiempo la Ley nacional, además de otras

locales y, finalmente, la incorporación de los conceptos contenidos en dichas normas a las Leyes fundamentales, provinciales y federal. Es en el contexto de este amplio abanico legislativo -donde la adjudicación de tierras aparece prevista- que viene a insertarse el anteproyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación argentina.

Tras la pionera *Ley 426 integral del aborigen* de la provincia de Formosa (1984), en el año 1985 se sancionó la Ley nacional 23.302 “Sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes” (BO 12-11-85)<sup>6</sup>. Entre otras regulaciones, esta Ley declara “de interés nacional la atención y el 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” (Art. 1), considerando “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” (Art. 2). En cuanto a la adjudicación de tierras dispone:

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. (Art. 7).

Indicando luego que “las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta Ley son inembargables e inejecutables” (Art. 11)<sup>7</sup>.

Posteriormente, mediante la *Ley nacional 24.071* (BO 20-04-92), se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>8</sup> del año 1989, que fue ratificado internacionalmente por Argentina en julio de 2000. A diferencia de la Ley antes mencionada que refiere a “comunidades”, este convenio se aplica a “pueblos indígenas/tribales” (Art. 1, nuestro resaltado). Establece en su Parte II, que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para estos pueblos reviste su relación con las tierras/territorios, tomando las medidas que sean necesarias para determinar “las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente” y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Significa también un avance respecto de la Ley 23.302 dado que especifica que “La utilización del término ‘tierras’ en los Art.s 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Art. 13).

Similares conceptos se establecen en el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe<sup>9</sup>:

El objeto del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, en adelante denominado "Fondo Indígena", es el de establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de la América Latina y del Caribe, en adelante denominados "Pueblos Indígenas".

Se entenderá por la expresión "Pueblos Indígenas" a aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece éste en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Además, la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio Constitutivo.

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. (Art. 1: 1.1).

En 1994, producto de las intensas discusiones que tuvieron lugar en la Convención Nacional Constituyente, se reforma la Constitución Nacional (CN) y se elimina la antigua referencia a los "indios" que brindaba el ex Art. 67, inciso 15. Como señala Bazán (2003), se pasó a formular un nuevo enunciado léxico, con una carga valorativa distinta a la de la norma sustituida. El mismo autor señala que la redacción con la que hoy cuenta el Art. 75, inciso 17, constituye un avance en cuanto al establecimiento normológico de ciertos lineamientos fundamentales referidos a los derechos de los pueblos indígenas argentinos: la utilización del vocablo "pueblos" indígenas en lugar de "poblaciones" indígenas; el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural; y la obligación estatal de garantizar su derecho a la identidad.

Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. (Art. 75 Inc. 17, CN)

La diferencia terminológica entre los vocablos "poblaciones" (Convenio 107 de la OIT/1957) y "pueblos" (Convenio 169 de la OIT/1989), no es sólo semántica, sino que tiene importantes implicancias especialmente en el ámbito del derecho internacional. Bazán (op.cit.) indica que el término "poblaciones" posee connotaciones peyorativas o cuanto menos restrictivas, pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa. El término "pueblo", tendería a reconocer que existen sociedades organizadas, con identidades distintivas más allá de agrupaciones de personas que comparten espacios geográficos en un tiempo determinado.

Respecto a la posesión indígena de la tierra debe señalarse que la forma que adopta la misma en la CN de 1994, es sensiblemente distinta a la regulada en el Código Civil (Altabe *et al.* op. cit.:87-88), el cual establece en el Art. 2351 que "Habrà posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad". Estos autores señalan que cuando

se habla de “las tierras que tradicionalmente ocupan”, la intención del legislador es la de referir al concepto de territorio “en cuanto acceso a los recursos necesarios para la existencia del grupo y área asociada a la identidad de un pueblo” y no a los lugares donde hoy puedan encontrarse. Postura que entienden, se ve fortalecida y respaldada por la restricción del dominio al declararlas “inajenables, inembargables e intransmisibles”.

A pesar de que se reconoce constitucionalmente la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, tanto la ley nacional como las provinciales sancionan como herramienta administrativa el otorgamiento de personería jurídica a las “comunidades”. Cabe aquí señalar que al contemplar la preexistencia de los pueblos indígenas el Estado sólo puede reconocer la personería jurídica de las “comunidades” y no otorgarla como en el caso de otros cuerpos con estatutos societarios citados por el Código Civil. La personería jurídica que el Estado se ha comprometido a reconocer, es distinta a las figuras existentes en el Código Civil, y se conforma según las pautas fijadas por ellas mismas en su organización tradicional (Altabe *et al.* op.cit.).

Los cambios introducidos por el Art. 75 inc. 17 a partir de la reforma de la CN de 1994<sup>10</sup> se complementan con los del Art. 75 inc. 22, donde se consagra con “jerarquía constitucional” a los instrumentos básicos en materia de Derechos Humanos, indicando en su parte final que “Los demás Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Es a partir de estos Artículos que cobra importancia la Ley 24.017, que ratifica el Convenio 169 de la OIT (Rodríguez; Martínez 2008).

El derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas como derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza es reafirmado, a nivel internacional, por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI)<sup>11</sup>. Desde una visión tradicional, los derechos humanos incorporados en los tratados internacionales se centran principalmente en el individuo y su relación con el Estado, de allí la importancia de la DNUPI, que por un lado reafirma los derechos individuales de las personas indígenas, ya consagrados en los tratados de derechos humanos y, por el otro, reafirma los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 de la OIT. En términos generales los derechos de los pueblos y las personas indígenas reconocidos en la DNUPI forman parte de la legislación argentina, están reconocidos en la carta magna, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y algunas leyes nacionales y provinciales. Igualmente persiste la necesidad de atender temáticas postergadas mediante la sanción de nuevas leyes y la implementación de medidas que hagan efectiva la realización de los derechos ya reconocidos.

Cuando los gobiernos ratifican tratados internacionales se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y los deberes que surgen de ellos. En el caso de los derechos humanos, el ordenamiento jurídico interno proporciona, por lo tanto, la principal protección jurídica de los derechos que garantizan los tratados internacionales.

En el año 2006, a través de la Ley 26.160 (BO 29-11-2006) se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las “tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país”,

suspendiendo por el término de cuatro años<sup>12</sup> la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, a los fines de realizar un relevamiento técnico-jurídico-catastral de su situación dominial<sup>13</sup>. Con la reglamentación de esta Ley, a través del decreto 1122/2007, se aprobó el "Programa Nacional Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas. Ejecución de la Ley 26.160." en el cual se acordaron los lineamientos metodológicos y la modalidad de participación del Consejo de Participación Indígena (CPI)<sup>14</sup> y de las Comunidades en las distintas etapas del relevamiento territorial. En el año 2010 a través del decreto 700 (BO 21-05-2010) se creó la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena<sup>15</sup>, en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) integrada por representantes del poder ejecutivo nacional, de los gobiernos provinciales y de los pueblos indígenas. Esto dio lugar a la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el anteproyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

## PLANTEOS Y DISCUSIONES EN TORNO AL ANTEPROYECTO DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

---

### Anteproyecto

En el texto de los fundamentos<sup>16</sup> del anteproyecto la comisión<sup>17</sup> instituida a estos fines afirma que este es un Código basado en un paradigma no discriminatorio:

En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

En cuanto a los derechos de las comunidades indígenas en particular se señala que:

"Los antecedentes que se valoran son la Constitución Nacional, los Tratados internacionales, en especial los Convenios de la OIT n° 107 y 169, la jurisprudencia nacional y provincial, como la de la CIDH, las constituciones americanas, la legislación extranjera, y la doctrina vernácula" y de acuerdo a ello se consagra un nuevo tipo de propiedad<sup>18</sup>:

"Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva" (Art. 18).

"Son personas jurídicas públicas:

- a) el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter;
- b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable;
- c) la Iglesia Católica" (Art. 146)

“Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; h) las comunidades indígenas; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras Leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento” (Art. 148)

“La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas” (Art. 2028)

“La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas” (Art. 2030).

“La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad. En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.” (Art. 2031)

“La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.” (Art. 2032).

“La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.” (Art. 2033).

“El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas” (Art. 2035).

## Discusiones<sup>19</sup>

El anteproyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ha generado una intensa discusión en relación a los derechos de los pueblos indígenas. Organizaciones y referentes de estos pueblos expresaron en las audiencias públicas -que tuvieron lugar en diferentes provincias- su disconformidad con varios puntos del mismo y elevaron sus propuestas. A continuación enumeramos dichos puntos y señalamos las discusiones generadas en torno a los mismos:

- Derecho de consulta: la elaboración del anteproyecto se realizó sin participación ni consulta a los pueblos indígenas, vulnerando así el Art. 75 inc. 17 de la CN, el Art. 6 del convenio 169 de la OIT y el Art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI)<sup>20</sup>. Coinciden en esta declaración el Consejo Plurinacional Indígena<sup>21</sup> y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)<sup>22</sup>.

- **Carácter de la personería jurídica:** en el anteproyecto se considera a las Comunidades Indígenas como personas jurídicas privadas situándolas al mismo nivel que otras personas jurídicas que constituye el Estado: las asociaciones civiles, fundaciones, sociedades comerciales, etc., pese a que la CN establece un reconocimiento como “pueblos preexistentes” al Estado Nacional. En este sentido el Consejo Plurinacional Indígena, el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENOTPO)<sup>23</sup>, la APDH, el Movimiento Nacional Campesino Indígena (MNCI)<sup>24</sup> y el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA)<sup>25</sup> consideran, en consonancia con el marco legal superior, que se debería avanzar hacia una Personería Jurídica de Derecho Público no Estatal, puesto que al ser preexistentes al Estado Nacional al igual que las provincias o que la iglesia católica, las comunidades indígenas deben ser reconocidas como personas jurídicas de derecho público. Además señalan que con la imposición de organizarse bajo una personería jurídica para poder gozar del derecho al territorio se supedita el ejercicio de este derecho al otorgamiento de esta figura legal, lo cual vulnera el derecho de los pueblos a organizarse según sus propias formas. El ENOTPO en particular destaca que “los derechos de los Pueblos Indígenas y sus comunidades, son colectivos, indivisibles y de uso común, y que cada pueblo cuenta con un proceso propio de toma de decisiones (asamblea comunal, consejo de ancianos, de caciques) y con autoridades o delegados tradicionales (lonko, cacique)”.
- **Propiedad comunitaria y derecho al territorio:** Son varias las discusiones que se han generado en torno a este punto. Como señala el Consejo Plurinacional Indígena el anteproyecto reconoce a la “comunidad” sin referirse a los “pueblos indígenas” como lo señala la CN y otras normas internacionales, definiendo a la propiedad comunitaria indígena como “el derecho real que recae sobre un inmueble rural”. En este punto cabe remarcar dos cuestiones. Por un lado, tal como lo señala la APDH, el peso de incluir la propiedad comunitaria bajo la forma de derecho real, reside en que los derechos reales son de contenido patrimonial y económico y su objeto son “las cosas”, definidas por el mismo Código Civil como objetos materiales susceptibles de tener un valor, y por el otro, al hablar de un inmueble rural, se estaría reduciendo el derecho territorial a un derecho de posesión de un inmueble dotado de valor económico y aún más, se estarían dejando de lado los espacios urbanos. En el anteproyecto se estaría identificando a la propiedad comunitaria indígena con un poder jurídico que se ejerce sobre una cosa, dejando de lado la inclusión de los conceptos de territorio y hábitat en los términos del Art. 13. inciso 2 del convenio 169 OIT. En estas críticas coinciden además de la APDH, el ENDEPA, y el Consejo Plurinacional Indígena. Este último aclara lo antes expuesto señalando que el anteproyecto establece una relación material y economicista con la tierra, al hablar de inmueble -concepto relacionado de manera directa con el concepto de tierra y no con el de territorio, que es reconocido a nivel constitucional e internacional- y que se determina el derecho a la propiedad comunitaria únicamente sobre los inmuebles rurales, dejando afuera los espacios urbanos. Además obliga a que el inmueble tenga como destino la preservación cultural y el hábitat comunitario,

utilizándolos como limitante del derecho. Ante estas consideraciones el Consejo Plurinacional Indígena propone que la Propiedad Comunitaria debe ser reglamentada en una Ley especial y no dentro del Código Civil, dado que la posesión y propiedad indígena no sólo son diferentes a la posesión y propiedad civil sino, muchas veces, incompatibles. Si bien, el MNCI exige que se reconozca a la tierra como un bien social y no como una mercancía, coincide, junto con el INAI, el ENOTPO y el CPI, con la propuesta del anteproyecto de incluir en el nuevo Código Civil y Comercial la propiedad comunitaria indígena. El CPI y el INAI<sup>26</sup>, en líneas generales e institucionales, entienden que la incorporación de los derechos indígenas al Código Civil no le quita jerarquía a los derechos de raigambre constitucional, sino que los ubica en un plano de operatividad, los reafirma y desarrolla. La inclusión de los Pueblos Indígenas, Comunidades y Organizaciones Indígenas en el Nuevo Código Civil vendría a fortalecer la presencia política institucional y cultural de los diversos Pueblos, sobre todo frente a los litigios y conflictos, al eliminar la incidencia de intermediarios que han intentado representarlas (ONGs, iglesias, observatorios, fundaciones, etc.). Consideran que el anteproyecto tiene una mirada multicultural y reconoce los Derechos Indígenas como Derechos Colectivos y por lo tanto garantiza la Autodeterminación de las Comunidades y los Pueblos Indígenas.

- Aprovechamiento de los recursos naturales: el Art. 2035 al enunciar la “previa información y consulta” no avanza con el consentimiento libre previo e informado de los pueblos afectados, conforme la DNUPI. En esta crítica coinciden el Consejo Plurinacional Indígena, ENOTPO y ENDEPA.

## INTERCULTURALIDAD, MULTICULTURALISMOS Y FORMAS DE CONCEBIR LO INDÍGENA

Las discusiones en torno a los derechos territoriales se enmarcan en lo que en la legislación argentina se ha tratado como interculturalidad<sup>27</sup>, y que es interesante observar a la luz de lo que se ha denominado multiculturalismo, es decir, la serie de políticas que en el seno de una sociedad determinada se despliegan en el plano del derecho en aras de apuntalar o no determinadas articulaciones de la multiculturalidad<sup>28</sup> (Restrepo 2005: 149). En tanto hecho de orden jurídico y político no existe un solo multiculturalismo, sino varios y hasta inconmensurables concepciones y materializaciones del mismo.

Nos parece interesante proyectar el razonamiento del autor antes citado al análisis del caso argentino ya que mientras la reformada Constitución Argentina - y en particular su Art. 75 inciso 17 - parece estar inspirada en un tipo de multiculturalismo pluralista, la propuesta de Reforma, Ampliación y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación parecen inscribirse más en un multiculturalismo neoliberal<sup>29</sup> o hasta conservador<sup>30</sup>, al implicar formas de concebir lo indígena -por ejemplo, su ruralización- que dificultan la efectivización de los derechos vinculados a la “diversidad cultural”. Es esto lo que ha generado las críticas al mencionado anteproyecto, críticas que a nuestro entender señalan no sólo la necesidad de revisar los significados otorgados a las conceptualizaciones utilizadas en

la explicación de estos derechos, sino también, y fundamentalmente, de superar ciertos obstáculos epistemológicos (Bachelard 2000) que abonan la ambigüedad conceptual y dificultan el reconocimiento de la existencia de relaciones jurídicas entre los pueblos indígenas y la tierra, anteriores a la formación del Estado-Nación argentino:

- una noción esencialista/sustancialista de la identidad étnica, que abona la idea de “pérdida de identidad” imposibilitando pensar en las continuidades a pesar de las transformaciones, dificultando el entendimiento de una dinámica que sólo puede comprenderse en el devenir de las relaciones interétnicas (Barth 1976; Cardoso de Oliveira 1971; Tamagno 1991; Miguel Bartolomé 1997; Pacheco de Oliveira 1999)
- una perspectiva del territorio como componente del Estado-Nación, establecida tras la conquista, colonización, y consolidación de los mismos. Perspectiva desde la cual se naturalizó la destrucción y negación de la diversidad identitaria y territorial, al instituirse los Estado-Nación como entidades compuestas por una población, un gobierno y un territorio. En esta perspectiva, dentro de los territorios nacionales la propiedad de la tierra se organiza bajo la normativa que producen los gobiernos, en tanto representantes de todos los ciudadanos. Esta concepción de territorio condiciona una comprensión dominante de acceso a la tierra en tanto propiedad privada, individual, donde el problema se reduce a hacer más eficiente la distribución de la misma entre los ciudadanos, pues el tema territorial estaría resuelto en el nivel del Estado-Nación (Rivero *et al.* 2009). Sin embargo, las discusiones antes retomadas evidencian el hecho de que la lucha por la tierra es la lucha por el territorio, entendido como ámbito espacial histórica y culturalmente apropiado por la sociedad (Barabas 2004), en tanto se demanda un reconocimiento de los lugares de asentamiento de población indígena articulado a una condición diferente de reconocimiento de derechos colectivos por parte del Estado-Nación. Es decir, lo que se discute es la descolonización del territorio, en el sentido no sólo de reconocer las territorialidades indígenas que se reproducen en las prácticas cotidianas sino de formalizarlas en un esquema de Estado plural. Ello se articula directamente con lo étnico-identitario, como señala Barabas para el caso de México, “en tanto no se reconozca al pueblo indígena como sujeto colectivo de derechos las tierras que ocupan no podrán ser reconocidas y tratadas como territorios” (Barabas 2004:107). Territorios ancestrales y territorios de migración, que se constituyen en un constante vínculo/relación (Maidana 2011).
- una perspectiva de estructuración espacial de la desigualdad social vinculada a la dominación y explotación, conformada a partir de la conquista, colonización y la división de castas para organizar la sociedad. Situación que condujo a la división racial del trabajo, a que una compleja gradación fenotípica de la población tenga su correlato con las ocupaciones laborales. Los cargos de mando y poder, ubicados en las ciudades, fueron reservados para los miembros de la cúspide de la jerarquía social: los blancos, y el trabajo de la tierra en el área rural, quedó a cargo de los indios. Los espacios de trabajo indígena se establecieron como el territorio de los inferiores, el territorio dominado, el territorio a ser usurpado,

civilizado, dándose así una territorialización de las identidades (Rivero *et al.* op. cit.).

- un evolucionismo jurídico, que nace con el evolucionismo antropológico -no es casual que los primeros antropólogos hayan sido abogados-, dentro del cual se dificulta la explicación de nuevos derechos e ideas como los “derechos colectivos” y el reconocimiento de una “pluralidad jurídica” que vienen a modificar el imaginario legal del “derecho civilizador” a partir de categorías trabajadas por otras disciplinas científicas, específicamente la Antropología Social, y de allí la necesidad de su tratamiento interdisciplinario (Moreira 2008). Cabe señalar que al ser el sujeto de derecho siempre un individuo, los reclamos de los pueblos indígenas por derechos colectivos sólo tienen cabida en el marco de la persona o personería jurídica, o como titulares de derechos individuales y cuando el tema de conflicto es la propiedad de la tierra, las contradicciones entre derecho colectivo y derechos individuales no resultan fáciles de resolver (Rodríguez y Martínez op. cit.).

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

El derecho de propiedad tiene para los indígenas una conexión tal con su identidad cultural que torna imposible afectar al primero sin dañar gravemente a la segunda. Esto explica el surgimiento de muchos casos constitucionales en diversos países hispanoamericanos, algunos de los cuales han sido resueltos finalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cianciardo 2009:230).

Los Estados nacionales latinoamericanos en general y el Estado-Nación argentino en particular, exhiben cierta “esquizofrenia”, un doble discurso, pues son signatarios de las cartas y convenios sobre derechos humanos y derechos indígenas, pero no formulan Leyes internas que los reglamenten y/o las Leyes internas aparecen discordantes con los dictados internacionales. “Esquizofrenia” que analizamos en el marco de los multiculturalismos que se amalgaman en el sistema político argentino.

Bazán (2003) explica cómo la omisión de respetar los derechos indígenas además de violar normas de derecho interno, puede generar responsabilidad internacional, pues Argentina ha atribuido jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Siendo el problema principal el de conciliar la universalidad de los derechos con el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Al respecto Bidart Campos expresa que “no se trata de privilegiar la sangre, el nacimiento o el origen étnico o racial quebrando, así, la garantía de igualdad, sino de aplicar la regla según la cual a quienes se encuentran en circunstancias distintas no se los ha de nivelar igualitariamente, porque si así fuera, en vez de igualdad se impondría la desigualdad; además de que las normas que garantizan el derecho a la identidad y a la diferencia no equivalen a privilegio” (Bazán 2003:834).

Proponemos finalmente que para lograr esta conciliación no sólo es necesario revisar los significados otorgados a las conceptualizaciones utilizadas en la explicación de los nuevos derechos, sino también, y fundamentalmente,

de superar ciertas ideas fuerza que abonan, principalmente en el campo del derecho, la ambigüedad conceptual y dificultan la resolución de esta situación.

---

*Carolina A. Maidana é doutora em Ciências Naturais e licenciada em Antropologia Social pela Faculdade de Ciências Naturais e Museu (FCNyM) da Universidade Nacional de La Plata (UNLP) e Pós-Doutora pelo Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Técnicas (CONICET).*

*Ana Cristina Ottenheimer é licenciada em Antropologia pela Faculdade de Ciências Naturais e Museu (FCNyM) e doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Nacional de la Plata. (UNLP).*

*Diana V. González é aluna avançada no curso de Antropologia na Faculdade de Ciências Naturais e Museu (FCNyM) da Universidade Nacional de La Plata (UNLP).*

*Griselda L. Aragón é aluna avançada no curso de Antropologia na Faculdade de Ciências Naturais e Museu (FCNyM) da Universidade Nacional de La Plata (UNLP).*

*Liliana E. Tamagno é doutora em Ciências Naturais e licenciada em Antropologia pela Faculdade de Ciências Naturais e Museu (FCNyM) da Universidade Nacional de la Plata (UNLP) e pesquisadora do Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Técnicas (CONICET).*

## NOTAS

---

- 1 Una primera versión de este Art. fue presentada en el IV Congreso Argentino – Latinoamericano de Derechos Humanos: Diálogos Pluriculturales para la Equidad, 14 al 17 de Mayo 2013, Rosario, Argentina.
- 2 La expresión “procesos de juridicidad de las demandas indígenas” (Gómez 1994, 2002) refiere a estos procesos, mediante los cuales las reivindicaciones de los pueblos indígenas encuentran espacio en el marco de los Estados nacionales, en la medida que se avanza en su reforma y en la reforma del orden jurídico que los organiza.
- 3 Hablamos de “nueva visibilidad” porque limitamos en este trabajo el uso del término “visibilidad” al tratamiento de cualquier temática en el ámbito del Estado, y hablamos de “nueva” ya que la cuestión indígena siempre fue temática de Estado en Argentina (Ottenheimer; Zubrycki 2010), pero con características que en la década de 1970 adquieren otros rasgos frente a los procesos previos.
- 4 Los indígenas que se movilizan actualmente no son un nuevo movimiento social, sino un sujeto histórico que tiene una larga trayectoria de movilizaciones de diferente tipo en torno de propósitos muy semejantes a los del presente, exhiben una profunda densidad y permanencia basada en identidades étnicas indígenas -dinámicas y permeables por la historia como toda identidad social- construidas a partir de la tradición cultural heredada de sus ancestros y de la interacción milenaria con sus territorios (Barabas op.cit.).
- 5 Entendemos que esta expresión, utilizada para caracterizar el proceso de génesis legal, es pensada en los términos del propio campo del derecho, donde opera un etnocentrismo legal y un evolucionismo jurídico (Cianciardo 2009) según los cuales el surgimiento histórico de las Leyes va de lo internacional a lo nacional-local.
- 6 Reglamentada por medio del Decreto nacional 155/89 (BO 17-02-89).
- 7 Un análisis de esta Ley puede encontrarse en Tamagno (1996), quien plantea la necesidad de redefinir algunos términos clave de la misma a los fines de superar dificultades en su implementación y operatividad.
- 8 Cabe señalar que el mismo constituye una revisión del Convenio 107 de la O.I.T. del año 1957.
- 9 Suscripto el 24 de julio de 1992 en Madrid, durante la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, este Convenio Internacional fue aprobado por Argentina mediante la Ley 24.544 (BO 20-10-95).
- 10 Estos derechos se encuentran en el sector de atribuciones del Congreso de la Nación por la prohibición, según Art. 7 de la Ley 24.309 (BO 31-12-1993), de introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la parte dogmática de la CN. Sin embargo la misma “integra el plexo de derechos insoslayables que, a su vez, nutren lo que Bidart Campos denomina derecho constitucional de la libertad y “la expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica” (Bazán op. cit.: 769).
- 11 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones.
- 12 Por Art. 1 de la Ley 26.554 (BO 11-12-2009) se ha prorrogado el plazo establecido hasta el 23 de noviembre del año 2013.
- 13 Tamagno (2008) plantea una serie de interrogantes en torno a esta normativa que habilitan reflexiones no sólo sobre su operativización, sino también sobre la sociedad en la que esta legislación surge y qué imaginarios fundan las nociones sobre las denominadas “comunidades indígenas”.
- 14 Órgano de representación de las comunidades indígenas dentro del Consejo de Coordinación del INAI. Fue creado por dicho organismo en el año 2004 mediante la resolución interna 152/2004 y su modificatoria 301/2004. El CPI está integrado por un delegado titular y uno suplente, por pueblo indígena y por provincia elegido de manera asamblearia.
- 15 Con los objetivos de “a) Elevar al PODER EJECUTIVO NACIONAL una propuesta normativa para instrumentar un procedimiento que efectivice la garantía constitucional del reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena, precisando su naturaleza jurídica y características. b) Evaluar la implementación del Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas en el marco de las Leyes N° 26.160 y N° 26.554. c) Elaborar iniciativas tendientes a unificar u homogeneizar el régimen legal y de criterios de inscripción de las Comunidades Indígenas en todas las jurisdicciones.” (Art. 2).

- 16 Ver: [http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf)
- 17 Constituida en agosto de 2012 e integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci.
- 18 Para consultar en anteproyecto: [http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO\\_CODIGO\\_CIVIL.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf)
- 19 El siguiente apartado ha sido elaborado a partir de la información recabada en trabajo de campo, en la Audiencia Pública llevada a cabo en el Edificio del Rectorado de la Universidad Nacional de La Plata, el día 13 de septiembre de 2012 y la consulta de documentos en siguientes sitios web: <http://enotpo.blogspot.com.ar/>, <http://endepa.org.ar>, <http://ccycn.congreso.gov.ar>, entre otros.
- 20 *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”* (Art. 19, nuestro resaltado).
- 21 Instancia política representada por organizaciones indígenas del país, constituida después de la histórica marcha indígena realizada en Buenos Aires el 20 de mayo de 2010, durante la celebración del Bicentenario.
- 22 Asociación civil fundada en 1975, cuyos fines y objetivos son promover la vigencia de los Derechos Humanos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Constitución Nacional.
- 23 Espacio de articulación política de las Organizaciones Territoriales de los Pueblos Originarios en Argentina. Integrado en la actualidad por 45 organizaciones territoriales que representan a 27 Pueblos y a más de 1000 comunidades en todo el país.
- 24 Es un movimiento de base que articula organizaciones de diferentes provincias argentinas: Red Puna, Encuentro Calchaquí, MOCASE – Vía Campesina, Movimiento Campesino de Córdoba (Apenoc, Ucan, Ocunc, Ucatras, Organizaciones de Cruz del Eje), Unión de Trabajadores Rurales Sin Tierra de Mendoza, Unión de Jóvenes Campesinos de Cuyo, Movimiento Campesino de Misiones. Sus principales ejes de lucha son: reforma agraria integral y soberanía alimentaria.
- 25 Organismo ejecutivo de la Comisión Episcopal de Pastoral Aborigen (CEPA) de la Conferencia Episcopal Argentina, creado en 1984.
- 26 Nos consta de la existencia de posiciones encontradas y tensiones al interior del CPI y por lo tanto del INAI.
- 27 En Tamagno 2006 se discuten los límites del concepto de interculturalidad.
- 28 Condición de hecho de aquellos cuerpos sociales que, de diversas maneras, incluyen en su seno múltiples horizontes culturales (Restrepo op. cit.).
- 29 El multiculturalismo neoliberal propone que los “problemas” derivados de la existencia de diferencias culturales se resuelven en la participación en el mercado.
- 30 El multiculturalismo conservador pretende subsumir las diferencias en un horizonte cultural dominante asumido como paradigma naturalizado y normalizado de la mayoría, y desarrolla políticas que por acción u omisión buscan socavar las condiciones de existencia de la multiculturalidad, que por definición no pertenecen al orden de lo político ni de la ciudadanía (Restrepo op. cit.).

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

---

- ALTABE, Ricardo; BRAUNSTEIN, José; GONZÁLEZ, Jorge. 1996. "Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional". *Relaciones* 21:77-101.
- BACHELARD, Gastón. 2000. *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. Buenos Aires: Editorial ARGOS.
- BARABAS, Alicia. 2004. "La territorialidad simbólica y los derechos territoriales indígenas: reflexiones para el Estado pluriétnico". *Alteridades* 14 (27): 105-119.
- \_\_\_\_\_. 2008. "Los derechos indígenas, la antropología jurídica y los movimientos etnopolíticos". *Ilha Revista De Antropología* 10 (1): 201-216.
- BARTH, Fredrik. 1976. *Los grupos étnicos y sus fronteras*. México: FCE.
- BARTOLOMÉ, Miguel. 1997. *Gente de costumbre y gente de razón*. México: Siglo XXI.
- BAZÁN, Víctor. 2003. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 36(108): 759-838.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. 1971. "Identidad étnica, identificación y manipulación". *América Indígena* 30(4): 923-953.
- CIANCIARDO, Juan. 2009. "Universalidad, multiculturalismo y derechos de los pueblos originarios. Una aproximación desde el caso argentino". *Dikaion Revista de actualidad jurídica* 23(18): 205-246.
- GÓMEZ, Magdalena. 1994. "La juridización de los indígenas ante la nación mexicana". En Diego Iturralde (Comp.). *Orden jurídico y control social*. México: Instituto Nacional Indigenista.
- \_\_\_\_\_. 2002. "Pueblos indígenas en América Latina. Entre el Estado y la nación". *Anuario Social y Político de América Latina y el Caribe FLACSO/UNESCO/Nueva Sociedad* 5:57-69
- MAIDANA, Carolina. 2011. "Migration et parenté: processus de reconfiguration territoriale chez les autochtones qoms de la ville de La Plata, en Argentine". *Recherches Amerindiennes au Québec* 41(2-3): 129-138.
- MOREIRA, Manuel. 2008. "El concepto de cultura en el derecho". *Civitas - Revista de Ciências Sociais* 8(3): 466-481.
- OTTENHEIMER, Ana; ZUBRYCKI, Bernarda. 2010. "Indígenas y Estado de Bienestar: una aproximación a la gestión peronista de la cuestión indígena". *Actas de las VII Jornadas de Investigación y VI de Extensión Universitaria*. Facultad de Trabajo Social: La Plata.
- PACHECO DE OLIVEIRA, João. 1999. *A viagem da volta. Etnicidade política e reelaboracao cultural no nordeste indígena*. Rio de Janeiro: Contracapa Livraria.

RESTREPO, Eduardo. 2005. "Biopolítica y alteridad: dilemas de la etnización de las colombias negras". En: *Restrepo, E. Políticas de las teorías y dilemas en los estudios de las colombias negras*. Colombia: Editorial Universidad del Cauca.

RIVERO, Carlos Vacaflares; COMUNIDAD DE ESTUDIOS JAINA-BOLIVIA (2009) "La lucha por la tierra es la lucha por el territorio". *Boletim DATALUTA* [en línea] (abril de 2009). Recuperado em 10 de marzo, 2013 de [http://www2.fct.unesp.br/nera/artigodomes/4artigodomes\\_2009.pdf](http://www2.fct.unesp.br/nera/artigodomes/4artigodomes_2009.pdf)> ISSN 2177-4463.

RODRÍGUEZ, Graciela; MARTÍNEZ, Rubén. 2008. "Derecho Consuetudinario Indígena, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos". *X Congreso Nacional de Sociología Jurídica -De la Ley a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho-* 13, 14 y 15 de noviembre de 2008, Rosario, Argentina.

TAMAGNO, Liliana. 1991. "La cuestión indígena en Argentina y los censores de la indianidad". *América Indígena* 51(I): 123-152.

\_\_\_\_\_. 1996. "Legislación indígena, dificultades para su reglamentación: el caso de la provincia de Buenos Aires". In: Stefano Varese (Comp.) *Pueblos indios, soberanía y globalismo*. Quito: Abya Yala.

\_\_\_\_\_. 2006. "Interculturalidad una revisión desde y con los pueblos indígenas" In: A. Barabas (Coord.). *Diversidad y Reconocimiento. Aproximaciones al Multiculturalismo y la Interculturalidad en América Latina*. México: INAH.

\_\_\_\_\_. 2008. "Diversidad/desigualdad en el espacio nacional. Negación-ocultamiento-racismo-violencia". In: José Nun & Alejandro Gimsom (Comp.) *Nación y diversidad. Territorios, identidades y federalismo*. Buenos Aires: EDHASA.

## **Derechos indígenas en Argentina. Territorios y propiedad comunitaria**

### **RESUMO**

---

En el siguiente trabajo se reflexiona sobre la reglamentación e implementación de Leyes en relación a las tierras/ territorios y la propiedad comunitaria indígena, a partir de las discusiones generadas por la presentación del anteproyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la República Argentina. Para ello se presentan y analizan los ítems de este anteproyecto que involucran a los pueblos indígenas, las propuestas para reformularlos efectuadas por diferentes organizaciones y pueblos indígenas, así como los argumentos que éstos esgrimen en contra de la incorporación en el mismo, del tratamiento de la propiedad comunitaria indígena.

**PALAVRAS-CHAVE:** código civil; pueblos indígenas; identidades étnicas; territorios

## **Indigenous rights in Argentina. Territories and community property**

### **ABSTRACT**

---

In this paper we examine the regulation and implementation of laws related to land/territories and indigenous community property from the discussions generated by the presentation of the preliminary draft of Reform, Update and Unification of the Civil and the Commercial Codes of the Argentine Republic. We discuss the items of this project related to indigenous peoples, the proposals made by different organizations and indigenous peoples to reformulate it, and the arguments they advanced against the incorporation of the community indigenous property in this preliminary draft.

**KEY WORDS:** indigenous peoples; ethnic identities; territories