
La cuestión indígena en Argentina: de la efectividad a los contextos de producción

LUCIANA ALVAREZ*

Resumen

El presente estudio se realiza a partir de la consideración de que las normas no explican por sí mismas la realidad de lo jurídico. El análisis del proceso de construcción del estatus jurídico del indígena en Argentina apunta al proceso social, histórico y político de producción del sentido de la igualdad y la diferencia jurídicas.

Lo que se pretende es elucidar a qué lógicas responden las declaraciones internacionales de derechos y su vigencia relativa y, en cierta medida, qué relación guarda este proceso con aquel otro de instauración y consolidación del Estado liberal en Argentina durante el siglo XIX, durante el cual los pueblos indígenas habrían sido considerados iguales/desiguales de modo selectivo.

Abstract

This study starts from the consideration that law itself does not explain the juridical reality. The analysis of the aboriginal law status' process construction into Argentinean juridical discourse attends to the social, historical and political production sense of judicial equality and difference.

The goal is to clarify to which logic refer the international human rights declarations concerning indigenous people, and their relative effectiveness. In a certain extent, we ask which is the connection between this relative effectiveness and the process of foundation of the liberal State in Argentina in 19th Century, in which the indigenous people were, selectively regarded as and no equals.

Palabras clave: indígenas, derecho, discurso, igualdad, diferencia.

Key words: natives, law, discourse, equality, difference.

* Doctoranda en Derecho con mención en Filosofía del Derecho (UNC), becaria de doctorado del Conicet. Actual profesora Jefe de Trabajos Prácticos de la "Cátedra de Introducción a la Filosofía" en la Facultad de Derecho (UNC).

El presente estudio se realiza a partir de la consideración de que las normas no explican por sí mismas la realidad de lo jurídico, pues el derecho constituye una práctica social discursiva que requiere del rastreo de los contextos de producción, circulación y consumo del discurso a fin de desentrañar los procesos de producción y el sentido de los mismos (Verón, 1987; Foucault, 1987; Cárcova, 1998).

El análisis del proceso de construcción del estatus jurídico del indígena en el discurso jurídico argentino apunta al proceso social, histórico y político de producción del sentido de la igualdad y la diferencia jurídicas.

En el proceso de producción del sentido de la igualdad y la diferencia relativas al reconocimiento de derechos a los individuos o comunidades indígenas, en su caso, se han identificado rupturas relevantes entre la práctica socio-jurídica y los desarrollos teórico-jurídicos.

La primera sería la reaparición, con posterioridad a la revolución independentista de mayo de 1810, del “Protector de naturales” o “Protector de indios”, institución propia del Derecho Indiano.¹

La segunda se da en la vigencia y tendencia actuales a la consolidación de institutos jurídicos propios del constitucionalismo clásico o social (legislación civil común y políticas sociales indigenistas), en tanto resistencia a la confirmación de los derechos consagrados a las comunidades indígenas en la Constitución Nacional Argentina de 1994 y el derecho internacional.² Es decir, se trata de una ruptura frente al nuevo paradigma jurídico-político de reconocimiento de derechos específicos.

En especial, se ha buscado evidenciar las relaciones entre estas *rupturas* y los contextos económico-políticos en que aparecen.

¹ Nos referimos a la existencia de una “ruptura” en tanto que, luego de la declaración de independencia respecto de la Corona Española de la hoy República Argentina, se consagra el principio y derecho liberal de igualdad ante la ley. Este principio aparece como incompatible con una legislación o régimen jurídico especial para “indios” que la legislación consagrará en la figura del protector de indios.

² Hablamos de la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994, la cual obedeció a un pacto político, conocido como “Pacto de Olivos”, entre los líderes de los partidos tradicionales de Argentina —Menem por el peronismo y Alfonsín por el radicalismo— en la que se resolvió, entre muchas otras cosas, la reelección presidencial y la consagración de los derechos humanos con jerarquía constitucional. En esta reforma se modifica la consideración de las comunidades y pueblos indígenas en el sentido que señalamos más adelante. Respecto de la legislación internacional, puntualmente nos referimos a la ordenanza 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Actualmente se encuentra sancionada, desde septiembre de 2007, la Declaración Internacional de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

La pretendida igualdad del indígena y la reparación del protector de naturales

En el periodo del Derecho Indiano³ se distinguió entre los indígenas incorporados de algún modo —aun el más precario y violento— a la sociedad civilizada gobernada por la metrópoli española, y los que permanecían rebeldes manteniendo sus formas de autoridad, agrupación familiar y condiciones materiales de desarrollo originarias, al margen de la autoridad de aquélla.

A los indígenas incluidos en la sociedad civil se les impuso una determinada condición jurídica, por la que no fueron considerados personas con capacidades plenas sino que su estatus jurídico se rigió por la categoría especial de “miserables”.

Si bien se sabe que la existencia de categorías especiales durante la vigencia del Derecho Indiano no puede considerarse como signo discriminatorio, sin embargo, de acuerdo con las características de casuismo, fragmentariedad y pluralismo jurídico (Duve, 2004: 10), ello no obsta para sostener que el indígena era calificado como inferior.

En otro aspecto, los indígenas rebeldes fueron considerados como salvajes que era necesario civilizar por el bien de la sociedad civil y de los indígenas mismos quienes, al decir del discurso hegemónico de la época, “[...] habiendo sido criados en la humillación y en la ignorancia no eran capaces de valorar las ventajas de la civilización [...]” (Levaggi, 1990-1991).

En términos generales, durante el periodo del Derecho Indiano, se juzgaba que el indígena sería persona con dignidad y plenos derechos cuando fuese evangelizado y civilizado, por lo cual se convirtió en “objeto” de diversas políticas de adaptación cultural.

En cuanto a los pueblos indígenas rebeldes, tales políticas consistieron mayormente en una incorporación violenta por medio de campañas militares que permitieron tomar a los indígenas como prisioneros, trasladarlos y someterlos a servidumbre.⁴

Respecto de los indios incorporados “no belicosos”, la encomienda⁵ resultó una institución básica del sistema de adaptación cultural y, al mismo tiempo, una mane-

³ Técnicamente, la noción de Derecho Indiano comprende la legislación de la Corona Española destinada al gobierno de las Indias, y en este sentido no hay casi diferencias de legislación aplicable entre las distintas regiones u organizaciones administrativas. Aquí, lo hemos entendido en un sentido muy amplio, incluyendo el periodo de conquista y colonización española entre los siglos XV y XVIII, de manera que se presente un horizonte político y económico de lectura de la legislación positiva.

⁴ En realidad no se trató de esclavitud propiamente, sino de sometimiento a trabajos serviles mediante la mita y la encomienda.

⁵ La encomienda era una institución por la cual se imponía al indígena (encomendado) el pago de un tributo al conquistador (encomendero). La violación de dos de sus premisas fundamentales —pago del tributo en especie en lugar de servicio personal y prohibición al encomendero de apropiarse de las tierras— condujo a la instaura-

ra de organizar el trabajo de los indios, de lograr su conversión religiosa, proporcionar mano de obra a los colonizadores y garantizar el control territorial de la colonia (Mercado Reynoso, 2003: 176). En este contexto, los indígenas fueron despojados de sus tierras.

La apropiación de territorios pertenecientes a pueblos indígenas⁶ estuvo determinada por la transformación de la tierra comunitaria en dominio privado a través de la asignación de mercedes reales (Mariluz Urquijo, s/f: 33-63; Mercado Reynoso, 2003: 140), y la conversión del indígena comunero en trabajador productivo.

Durante la época de la colonia, en el discurso jurídico se reconoció la diferencia entre el indígena y el resto de la colectividad, pero se trató de una noción de “diferencia cultural” que percibía al diferente como inferior (Ferrajoli, 2005: 20). La diferencia era algo no deseado y, como tal, se imponía desterrar del indígena todo lo que tenía de diferente: sus instituciones políticas, sociales y económicas, sus formas de relación con la tierra y el medio ambiente, su religiosidad y valores espirituales.

Es decir que —en lo que hemos considerado como derecho indiano— el indígena incorporado fue tratado con un régimen diferenciado que se sustentaba en sus características culturales incivilizadas no en su especificidad como portador de identidad. Y, en lo que respecta a sus tierras, se promovió su desapoderamiento.

La aplicación selectiva del principio de igualdad

Ahora bien, con la implementación del derecho patrio⁷ y la modernidad jurídica tras la revolución independentista de 1810, el principio rector será la igualdad jurídica (Abásolo, 2002: 58), entendida como la misma ley para todos: igualdad ante la ley, igualdad formal, igualdad/ficción (Cárcova, 1998: 36-37).

ción de una especie de esclavitud y al desapoderamiento. La mita, que también fue utilizada como institución de trabajo para “indios”, era un sistema de trabajo utilizado por los incas. Constituía una de las tres formas de trabajo. Era también trabajo público obligatorio por cuyo medio se construían obras públicas y se mantenía el gobierno del imperio. Tenía carácter rotatorio y quienes lo prestaban obtenían a cambio tierra para cultivo familiar y sostén en los tiempos de mala cosecha o frente a otras contingencias. Durante la época de la conquista, el virrey Toledo (virreinato del Alto Perú), utilizó la mita en la explotación de las minas de Potosí a favor de la Corona de España sin respetar turnos rotatorios de trabajo ni retribución alguna. Esta forma abusiva y esclavizante de explotación provocó la muerte de millones de indígenas.

⁶ Para un panorama sobre la legislación indiana en materia de tierras, su distribución y administración véase Solano (1991).

⁷ La noción de derecho patrio refiere el régimen jurídico sancionado tras la declaración de Independencia, en 1810, de lo que hoy se conoce como Argentina; pero también al derecho postindependentista.

En el derecho patrio-independentista, y en principio, el indígena fue considerado como un ciudadano argentino con los mismos derechos y mismas condiciones que el criollo *sin alusión a sus características culturales* como productoras de consecuencias jurídicas.⁸

Hacia el final del siglo XIX, con la consagración del nuevo régimen fundado en la libertad y autonomía del individuo, concebido éste como *homo economicus* y la propiedad como una “mera mercancía”,⁹ se sancionaron los códigos civil, comercial y penal. En ellos se consagra la libertad individual, los derechos personales, la propiedad privada individual y todo el sistema de protección de los derechos privados ante lo cual repugna la idea de propiedad e identidad comunitaria (Clavero, 1994: 37; Abásolo, 2002: 61).

De acuerdo con estos principios de libertad e igualdad, las tierras en las que habitaban los pueblos indígenas en calidad de encomendados fueron declaradas baldías, incorporadas al dominio fiscal, y vendidas o donadas a terceros.

Así pues, desaparecida la titularidad de la Corona española, el dominio de las tierras comunitarias que detentaban los indígenas para el desarrollo de su vida fueron nuevamente declaradas baldías e incorporadas al dominio fiscal. En muchos casos, no se declararon baldías sino que este dominio pleno se consolidó en cabeza del beneficiario de la merced real de encomienda. En el mismo proceso por el cual se liberaban del tributo —pago al encomendero—, los indígenas fueron privados de su acceso a la tierra (Levaggi, 1990: 256).

Esto fue posible porque, al liberarlos del tributo, se liberó a los indígenas no sólo de obligaciones antes debidas a la Corona sino, además, de sus derechos, privándolos de la posibilidad de arraigo a la tierra. Bajo el imperio del derecho indiano, el indígena al que se permitía mantener su dominio sobre tierras comunales —aun cuando tenía que pagarle un tributo al encomendero— conservaba algún disfrute o derecho sobre su tierra. Con el nuevo régimen, si bien desaparece la obligación del tributo, el indígena también perdió la posibilidad de conservación de la tierra en comunidad (Levaggi, 1990: 256).

En este sentido refiere Levaggi:

⁸ Estatuto Provisional de 1815, Sección Primera, Capítulo I, *De los derechos que competen a todos los habitantes del Estado*, Artículos I° y II°; Constitución Nacional de 1819, artículo 128°; Constitución Nacional de 1826, artículo 160°; Constitución Nacional de 1853/60, artículo 67, inc. 15.

⁹ Se refiere aquí a la propiedad como mera mercancía, ya que se ha producido un traspaso de la cosa como fundamento de la relación cosa-hombre —teoría y práctica reicentrista— tal como se estructura en el Antiguo Régimen al sujeto y sus derechos, potestades, facultades y su libertad. La cosa en esta etapa queda sometida de modo absoluto al sujeto.

Varias leyes fueron dictadas para disolver la comunidad de las tierras que tenían los indios. El individualismo, que había empezado a manifestarse con la Ilustración, y que identificaba el derecho de propiedad con la propiedad individual, apuntaba a la extinción de las comunidades y a la división de la tierra entre los comuneros bajo la forma de propiedad individual, la única que merecía el amparo de la ley. (Levaggi, 1990: 260).

Tampoco se hace mención de la existencia del indígena ni de sus instituciones, pues no se admitió como posible la existencia dentro de la “nación” argentina de sujetos culturalmente distintos.

Pese a esta prédica igualitaria, las prácticas socio-jurídicas parecieron revelar que las diferencias culturales de los indígenas respecto de otros habitantes, en su mayoría inmigrantes europeos y criollos, les impidieron acceder al disfrute de los derechos que el marco jurídico-cultural dominante les consagraba.

Esto evidencia cómo la negación de las diferencias culturales mediante la abstracción del sujeto jurídico libre y racional, lejos de pretender la igualación en derechos, sostiene y legitima la desigualdad.

Esta situación de desigualdad fue cristalizada por el discurso jurídico de la época a través del mantenimiento de la fuerza y vigencia de las instituciones tutelares del derecho indiano que, bajo esta nueva luz, eran vistas por el discurso jurídico como más “justas”, relegando así el clamado derecho a la igualdad (Levaggi, 1992: 179-193).

De este modo, en algunas provincias, e incluso a nivel nacional, se dispuso la instauración del “Protector de naturales” o “Protector de indios”, propios de la condición de “miserable” del derecho indiano. Y aunque esta figura fue diluyéndose, su lugar no tardó en ser ocupado por la del defensor de incapaces o menores, hasta que resurgió en el siglo XX la idea de un patronato especial de indios (Levaggi, 1990: 261-265, 452-460).

Es así como reaparece la institución indiana del “Protector de naturales”¹⁰ y sus correlativos institutos de asistencia fundados en la *incapacidad* e incivilidad del indígena.

En 1948 se presenta el último proyecto de ley de Patronato Nacional de Indios. Esta reaparición se da en el entorno de institucionalización del Estado moderno en Argentina y, si bien algunos autores lo explican como una disfuncionalidad de dicho proceso (Abásolo, 2002, 56-63), la misma puede calificarse como el reverso no explicitado pero evidente de los principios jurídicos de la modernidad, primordialmente del principio de la igualdad ante a la ley.

¹⁰ Ley Provincial de Salta del 3 de enero de 1859; Decreto Nacional del 22 de agosto de 1879; Decreto Nacional del 3 de mayo de 1899; Proyecto de Ley Nacional del Trabajo de Joaquín V. González de 1904.

Ahora bien, respecto del acceso a las tierras de los indígenas, el análisis resulta más complejo, pues, aunque rigió el principio de igualdad legal —sólo se reconoció la propiedad privada individual en el código civil—, tal principio sólo puede explicarse dada la tendencia a la consolidación del desapoderamiento de la etapa de la conquista.

Es así que el principio de igualdad tuvo una aplicación selectiva, operando de manera remisa respecto de la persona del indígena pero plenamente en cuanto a sus tierras y recursos.

Al reaparecer la institución indiana del Protector de naturales, no se reconstruyó el estatus jurídico del indígena en lo que atañía a la conservación de sus tierras comunitarias, debido a la consolidación de la propiedad privada.¹¹ El indígena podría tener una protección “especial” —en el régimen de la igualdad— en cuanto a su persona, pero no se le garantizaba la apropiación comunitaria de territorios. Esta selectividad estuvo determinada por el afianzamiento de un proceso de despojo por el cual el indígena quedó privado de su condición de libre, igual y capaz, y del acceso a la tierra, fundamento sagrado —trascendental— de su identidad cultural.

En el Código Civil no existía la figura del indígena como característica determinante de efectos jurídicos sino que el principio prevaleciente era el de la igualdad ante la ley. Éste, en la práctica social y jurídica, se vio atenuado por un reconocimiento de la desigualdad real pero transitoria, que persistiría hasta la “civilización” —aculturación mediante— del indígena, cuestión que fue resuelta mediante instituciones tutelares originarias del derecho indiano.

Esta tendencia se imbricó con las políticas indigenistas de mediados del siglo XX, las cuales tuvieron la virtud de denunciar el verdadero estado de discriminación y pobreza en que vivía gran parte de los indígenas, aun cuando su objetivo era promover su incorporación al proceso de producción y desarrollo del Estado. Es decir, el indígena fue considerado, en el periodo de fundación del Estado liberal en Argentina, igual ante la ley pero, y a pesar de ello, se reconocieron sus diferencias con el resto de la comunidad nacional las cuales debían ser atenuadas a fin de garantizar su asimilación.

En definitiva, la igualdad siguió siendo el principio normalizador, el ideal a alcanzar, las diferencias sólo se reconocen como obstáculos que era necesario superar con miras a un ideal de desarrollo determinado y concreto.

¹¹ Téngase en cuenta que durante la Colonia los indígenas encomendados, si bien no eran propietarios de sus tierras y debían pagar tributo al encomendero, conservaban algún disfrute o derecho comunitario sobre las mismas.

Los movimientos sociales, los derechos de las comunidades indígenas y la globalización económico-política

Al iniciar la década de 1980, contemporáneos a la restauración de las democracias latinoamericanas, comienzan a visualizarse movimientos sociales con reivindicaciones relativas a la diversidad, entre ellos los movimientos indígenas.

Distintos autores señalan como un acontecimiento revelador en dicha movilización el levantamiento indígena de 1990 en Ecuador, proceso que va ganando impulso con la campaña de los 500 años, en torno a 1992, con una definitiva escalada tras el levantamiento de enero de 1994 encabezado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México (Díaz Polanco, 2005; Toledo Llancaqueo, 2005).

Además, hacia fines de los años ochenta se produce un marcado resurgimiento de políticas liberales en virtud de las cuales se invierten capitales, estatales y privados, en la explotación de recursos naturales existentes en los territorios pertenecientes a comunidades indígenas que hacen peligrar su subsistencia.

Los movimientos que surgen en esta época, como contradiscurso del ideal del desarrollo, promueven el respeto por la diversidad cultural y las formas tradicionales de autogestión de las propias comunidades —especialmente en cuanto a los aspectos territoriales—, que la conservación de la identidad y cosmovisión indígenas requieren.

Durante los años sesenta y setenta, la cuestión indígena fue absorbida por la categoría de clase, con lo cual las demandas de los colectivos indígenas estuvieron orientadas hacia la redistribución. En esta etapa de movilización política comenzó a ponerse el acento, de manera particular, en la cuestión étnica, restando importancia al contexto político-económico (Díaz Polanco, 2005: 60-63).

Incluso, en sus comienzos, hubo inclinación por un esencialismo cultural, lo que generó que el tema indígena llegara a ser tratado dentro del capítulo de los nacionalismos y/o fundamentalismos, generando disidencias hacia el interior del progresismo político (Díaz Polanco, 2005: 49-53).

Las primeras reivindicaciones de derechos, entonces, han estado marcadas por la “diferencia” y el reclamo de derechos culturales (Toledo Llancaqueo, 2005: 70) en tanto que reconocimiento de una identidad cultural distinta a la del resto de la población nacional, desatendiendo aspectos estructurales.

Esta movilización por demanda de “derechos a la diferencia” estuvo fervientemente apoyada por los organismos multilaterales de cooperación internacional y las Naciones Unidas, los cuales, a la vez que proveyeron de recursos económicos y financieros a las organizaciones, trasladaron ejes y categorías para el planteo político-jurídico de las demandas indígenas.

En este marco, Rita Segato (1999: 161-196) refiere cómo la globalización tendría cierta capacidad para afirmar las identidades de las minorías, entre ellas las de los pueblos indígenas, homogeneizándolas a la vez, de modo que estas identidades pudieran entrar en disputa generalizada por recursos y garantía de derechos, desatendiendo una reflexión sobre la naturaleza de esos recursos y la diversidad de alternativas de los modos de producción y utilización de los mismos.

En este contexto de estados e instituciones multilaterales proveedoras de recursos y productoras de modernidad —actualmente basada en la diversidad, otrora en la homogeneización—, se da un proceso por el cual los países periféricos, receptores de modernidad, han tendido y tienden a ser receptores de determinados signos o emblemas de prestigio de lo moderno, colocando esos signos provenientes de los países centrales como indicadores jerarquizados de lo moderno.

Así, al igual que en la constitución de los estados nacionales latinoamericanos, donde el signo de la modernidad fue el tipo físico europeo, ahora dicho emblema de modernidad está constituido por la diversidad cultural. La modernidad actualmente implica el mandato de la diversidad, específicamente entendida como el modelo del *melting pot* estadounidense donde cada grupo cultural y/o social funciona como marco de referencia autónomo para sus miembros y separado de otros grupos (Segato, 1999: 170).

Las identidades políticas transnacionales serían producto de la globalización y consistirían en la sustitución de la forma tradicional de ser-para-otro y de ser diferentes por un patrón fijo importado de los países centrales. Se trataría de una homogeneización de las formas de constituirse en diferencia a imagen del modelo estadounidense (Segato, 1999: 190; Carrasco, 1997), al menos para el caso de las identidades culturales.

De acuerdo con esta perspectiva crítica, Segato sugiere que la temática de la diversidad se encuentra en compleja relación con los derechos humanos universales y la pretensión de su validez para todas las sociedades históricamente existentes, pues el contenido, los modos de ser-para-otro, de ser diversos entre sujetos que comparten un mismo espacio político —estado-nación— varían de acuerdo con su distinta formación nacional de diversidad (Segato, 1999: 171).

Claudia Briones, relativamente en la misma línea, analiza la noción de “aboriginalidad” en el marco de los estudios étnicos y raciales a fin de pensar la alterización de los pueblos indígenas en relación con otros grupos. Así, “aboriginalidad” identifica y contiene explicativamente los procesos distintivos de marcación que, en su variabilidad, han circunscrito lo que hoy parece emerger como una forma peculiar de etnicidad, como una clase particular de otra cultural y política —los pueblos indígenas— en distintos estados coloniales y nacionales (Briones, 1998: 19).

La etnicidad, entonces, como categoría de análisis, debe apuntar a trabajar la producción social y cultural de las asimetrías entre distintos colectivos mediante el examen

de procesos de formación de grupos donde su “ser diferentes”, lejos de estar simplemente dado por una cierta historia, una cierta cultura, una cierta lengua, se inscribe siempre en forma relacional desde, y contra, una macro y microfísica de poder que, de manera simultánea, va recreando estándares de distintividad y no distintividad, así como dirimiendo su mutua jerarquía (Briones, 1998: 131).

Desde estas perspectivas teóricas se evita que las luchas de los pueblos indígenas se vacíen de contenido político en un planteo multiculturalista liberal —como el caso de Estados Unidos que Segato aborda críticamente—, cuando es la homologación de grupos, según el principio de igualdad, la que relativiza y oculta los planteos de superioridad e inferioridad, silenciando que miles de prácticas y resortes garantizan estructuralmente la superioridad de un grupo frente a otro/s (Briones, 1998: 135).

Con este recorrido por algunas perspectivas desde la antropología, se ha pretendido dar un breve marco teórico a la mirada que se viene trabajando en relación con los nuevos derechos, los movimientos sociales identitarios y la potencialidad política de los mismos. Justamente, la importación no reflexiva de categorías, objetivos y ejes de lucha, para el caso de los derechos indígenas, corre el riesgo de obturar la apuesta política por la transformación de un espacio social en que los indígenas no son sólo y simplemente diferentes, sino explotados, dominados, excluidos y marginados.

Declaración/consagración de los derechos indígenas

En el marco de este controvertido proceso por el cual se comienza a consagrar internacionalmente los derechos de los pueblos indígenas en 1970¹² la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas encargó al relator especial Martínez Cobo un “Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Como resultado, se presentaron informes durante el periodo 1981-1986 y se decidió la creación de un grupo de trabajo para elaborar un proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En 1989, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de Naciones Unidas acuerda con sus países miembros la firma de un convenio en el que se reconoce a los pueblos nativos derechos especiales no garantizados a los demás ciudadanos: el Convenio Internacional núm. 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en

¹² Cf. J. Anaya, “Por qué no debería existir una declaración de derechos indígenas”, ponencia presentada en el 52º Congreso Americanista. Sevilla, junio de 2006.

Países Independientes, que fue ratificado en Argentina por la Ley 24071 en 1992, pero que entró en vigor apenas en junio de 2001.

En términos generales, la resolución 169 de la OIT no establece obligaciones de contenido prestacional que se deban satisfacer a favor de los pueblos indígenas, sino las condiciones para respetar la autodeterminación de sus instituciones, formas de vida, y desarrollo económico, sin perjuicio de la obligación de garantizar el respeto por el resto de los derechos humanos en igualdad de condiciones con el resto de la colectividad nacional.

Sin embargo, la resolución manifiestamente prescribe que “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”.¹³ Es decir, existe una clara referencia al principio de libre determinación de los pueblos.

En lo relativo al derecho a la tierra, prescribe dos cuestiones fundamentales:

- La consideración del territorio como el hábitat de las regiones en que se encuentran los pueblos interesados. Con ello cobran relevancia bienes y valores que no son considerados por el derecho común, como el valor espiritual que ejemplifica lo relacionado con cementerios o lugares sagrados, el equilibrio ecológico, y el paisaje como contenido de la identidad.
- La propiedad y posesión de las tierras que ocupan como derechos que se reconocen. Con lo cual no se atribuyen sino que existen y persisten en las condiciones en que tradicionalmente se ocupan.

Con anterioridad, en noviembre de 1985, fue sancionada en Argentina la ley núm. 23302 denominada de “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”. La misma reguló diversos aspectos (salud, educación, previsión social, etc.), entre los que se contaba el derecho a la propiedad sobre las tierras.

Luego, en 1994, la reforma de la Constitución Nacional Argentina en su artículo 75, inciso 17, incorporó a la misma los Derechos de los Pueblos Indígenas, por los que se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, se garantiza el respeto a su identidad y el derecho a la identidad bilingüe e intercultural, se reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan en calidad de inenajenables, intrasmisibles y no susceptibles de embargos o gravámenes, se propone asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

¹³ Artículo 1º, inciso 3, de la Resolución 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Referir este artículo no resulta fácil debido a que no quedó incluido en la sección de derechos y garantías de la Constitución Nacional Argentina, la llamada parte dogmática, sino entre las atribuciones del Congreso Nacional. Esta circunstancia provocó disidencia entre doctrinarios, dado que las posturas más reticentes proponen que tales derechos no son operativos, sino que requieren una o varias leyes del congreso a fin de poder aplicarse. Esta controversia doctrinaria se encuentra zanjada en la actualidad a favor de la “operatividad” de los derechos indígenas reconocidos en el artículo 75º, inciso 17, de la Constitución Nacional Argentina, sin perjuicio de que el discurso jurisprudencial plantee algunas contradicciones, como señalamos más adelante.

El 13 de septiembre de 2007 se aprobó en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En la votación, se pronunciaron 143 países a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y hubo 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladés, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Federación de Rusia, Samoa y Ucrania).

Luego de que, en junio de 2006, la Declaración logró la aprobación previa en el Consejo de Derechos Humanos, no alcanzó el consenso necesario en la Asamblea, principalmente por las preocupaciones de varios países africanos. Una iniciativa de consulta impulsada por México, Perú y Guatemala con dichos países consiguió su adhesión (a excepción de los tres que se abstuvieron: Burundi, Kenia y Nigeria), pero con la inclusión de nueve enmiendas, entre otras una que aclara que nada en la Declaración se interpretará “en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”. Estas enmiendas fueron incluidas sin consultar a los representantes indígenas, y no contaron con su acuerdo; a pesar de ello, el Caucus Indígena en la ONU decidió mantener su apoyo a la adopción de la Declaración.

En la sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en que se aprobó la declaración, algunos países expresaron consideraciones a su voto. Más allá de las fórmulas de rigor en cuanto al avance significativo que un instrumento como éste representa para la promoción y protección de derechos en todo el mundo, nos interesa destacar que los representantes de Argentina, Jordán y Filipinas (países que se abstuvieron de votar en el marco del proyecto de declaración elaborado y aprobado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración, en junio de 2006) explicitaron el alcance concedido al derecho de autodeterminación, el cual de ningún modo puede comprenderse en el sentido que tiene para el derecho internacional, ni de modo que menoscabe de manera alguna la integridad territorial y soberanía de los Estados.

Otros representantes, como aquellos de Bangladés y Nigeria, cuyos países se abstuvieron tanto en 2006 como al aprobarse la declaración, indicaron su preocupación respecto de la autodeterminación, el control de los recursos naturales y la identificación de los pueblos indígenas.¹⁴

En este contexto, y de acuerdo con lo que constituye el gran obstáculo en el camino de los derechos de los pueblos indígenas, se tiene que, dada la integridad territorial y la unidad política de los estados soberanos e independientes, y teniendo en cuenta los modos en que los estados nacionales, como estructuras organizativas de poder, se encuentran directamente relacionados con el mantenimiento y desarrollo del capitalismo, tanto en su etapa industrial de intercambio internacional como en el actual proceso de mundialización y del modelo de Estado-nación, puede verse cómo la consagración de nuevos derechos no necesariamente implica una conquista en términos políticos.

Así, como señala James Anaya,¹⁵ para los fines de la Declaración es necesario interpretar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas dentro de la consideración de la dignidad y libertad humanas, y no desde la perspectiva estatalista que considera la estricta necesidad de alcanzar un Estado independiente, o al menos en el derecho a elegir un Estado independiente. “Por razones obvias, esta tendencia ha impedido que se reconozca de forma explícita y generalizada que la autodeterminación, en cuanto principio de derecho internacional, se aplica también a los pueblos indígenas.”¹⁶

Es clave esta consideración. Por tanto, de lo que se trata es de no afectar el control político y económico que los estados poseen sobre sus territorios y recursos naturales.

El discurso jurisprudencial en Argentina

Si bien en el aspecto jurisprudencial la cuestión de la operatividad se encuentra relativamente zanjada, la complejidad radica en que, en términos generales, durante el planteo y resolución de los conflictos judiciales acerca de la relación del indígena con su tierra, se ha producido y reproducido la siguiente matriz:

¹⁴ Documentos oficiales de Naciones Unidas, A/61/PV.107 y Resolución 1/2. Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la Resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994.

¹⁵ Titular de la Cátedra James J. Lenoir de Derecho y Políticas de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Arizona; Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

¹⁶ Anaya, 2005: 31.

Demanda	Contestación	Fallo
<ul style="list-style-type: none"> Contextualización de la cuestión indígena en términos fácticos y jurídicos, solicitando su aplicación. 	<ul style="list-style-type: none"> Rechazo de la pretensión de reconocimiento de derechos específicos en el caso concreto. 	<ul style="list-style-type: none"> Reconoce la existencia de derechos específicos y la justicia de tal reconocimiento. Otorga los bienes reclamados.
<ul style="list-style-type: none"> En subsidio, reclamo por la vía del derecho civil: prescripción adquisitiva 	<ul style="list-style-type: none"> Fundado en la preeminencia del derecho civil. 	<ul style="list-style-type: none"> No se expresa sobre la aplicación o no de derechos específicos. Reconoce el derecho a los bienes por vía del derecho civil: prescripción adquisitiva

La tendencia a nivel del discurso jurídico jurisprudencial es la de reconocer un campo muy limitado a la participación y autodeterminación de los pueblos indígenas e intentar adecuar modalidades propias a las figuras jurídicas conocidas, es decir, una tendencia asimilacionista.

Dicha tendencia puede observarse en la consagración de la igualdad y su aplicación selectiva de la etapa de consolidación del Estado liberal en Argentina, pues más allá de los derechos consagrados en la práctica, la cuestión se encuentra determinada por la consideración del otro-indígena como diferente jerarquizado, inferior, atrasado e incivilizado.

Los tribunales reconocen la justicia de las peticiones formuladas por las comunidades indígenas, pero el problema parece radicar en el efectivo reconocimiento y aplicación de un derecho particular para un grupo determinado. Subyace en esto el énfasis de la reparación histórica, de naturaleza circunstancial y asistencialista, más que el respeto por la diversidad y la diferencia.

Las políticas asistencialistas referidas a las comunidades indígenas, que bajo el nombre de políticas indigenistas predominaron durante todo el siglo XX, poseen un fuerte efecto ideológico. Denuncian la situación de indigencia y desposesión en que se encuentra el indígena pero considerándolo, junto a su cultura y prácticas materiales, un obstáculo para la unidad e integración nacional y el desarrollo económico.

Este tipo de políticas coinciden con la posición tomada por el discurso jurídico en el derecho patrio postindependentista arriba analizado.

En el marco de las políticas indigenistas, el Estado se propone “desarrollar” al indígena. Para conseguirlo se basa en una imagen del mismo que corresponde al más pobre entre los pobres, una imagen que produce dos efectos: las necesidades, intereses y anhelos de las comunidades se convierten en cuestiones de sentido común y, al presuponer los deseos del sujeto de la ley, se transforma su derecho a la participación

e identidad cultural en algo meramente instrumental subordinado a la voluntad del Estado (Carrasco, 2000: 70-71).

Por otro lado, la noción de reparación histórica coincide con los fundamentos de la *affirmative action*, política liberal de origen norteamericano que tiene entre sus presupuestos clave la libertad y autorrealización exclusivamente individual —individualismo metodológico—; es decir, que debe proveerse las condiciones para que todos puedan desarrollarse en el ámbito privado en la persecución de sus fines. Por ello las acciones afirmativas sólo son válidas si son de carácter temporal o transitorio, y su vigencia puede ser la necesaria para alcanzar la igualdad pretendida.

Esto es, como afirmamos anteriormente, los reconocimientos efectuados judicialmente a los pueblos originarios consolidan una perspectiva despolitizada de la situación de los pueblos indígenas, para quienes, si bien la Constitución Nacional y tratados internacionales vigentes ha sido de gran utilidad a la hora de disparar su visibilidad, resultan poco efectivos, pues en el fondo estas reformas jurídicas provienen de un contexto en que la voz de los pueblos indígenas es la menos escuchada.

Esta modificación legislativa operada en los planos internacional, nacional y local, dista de constituir una estrategia política de disputa de los propios actores involucrados. Como referimos en anteriores párrafos, ellos se encuentran insertos en dinámicas de distribución y asignación de recursos y discursos elaborados por otros donde la noción de autonomía reivindicada se pierde en su propio contexto de producción. Insistimos en que, como derivación de tales dinámicas, se da habitualmente esta distancia entre la “ley” y su efectividad.

Concretamente, en los casos en que sí se reconoce el derecho de las comunidades originarias a la tierra, se hace en los términos en que lo concibe el derecho común, y no con fundamento en la legislación que encarna el derecho a la diferencia, cuando es así que lo han solicitado las comunidades.

De este modo, resulta ilustrativo el fallo: “COMUNIDAD ABORIGEN DE QUERA Y AGUAS CALIENTES - PUEBLO COCHINOCA V. PROVINCIA DE JUJUY, P/ ORDINARIO (PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA)”, Expediente N° B-36.559/98; Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, Sala 1ª, 14/9/2001; 2ª Instancia.- San Salvador de Jujuy, septiembre 14 de 2001, en el cual el voto de la doctora María Rosa Caballero de Aguiar, si bien en un primer momento rescata las prescripciones constitucionales en la materia al decir:

De todos modos, si alguna duda cabe, sabemos que en materia de posesión, rige el principio de accesión, conforme el cual el poseedor puede unir su posesión a la de su causante y computarla a fin de completar el plazo legal de prescripción (artículo 3418 del Código Civil), concepto que bien puede aplicarse analógicamente al caso en estudio. Y decimos ello, en tanto y en

cuanto la comunidad aborigen que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero debemos tener en cuenta que nos encontramos con que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad (arts. 2º, 7º, 9º y ccs. de la ley 23.302 y ley 24.071, así como arts. 2 y 3 de la ley provincial 5030, modificados por la ley 5131)”,

párrafos abajo sostiene:

En tal sentido, cabe destacar que la litis se ha trabado con el titular registral, que en este caso es el propio Fisco. Además se ha procedido a adjuntar con la demanda, los planos de mensura aprobados y el respectivo informe de la Dirección de Inmuebles (fs. 3 y 31 respectivamente) con todo lo cual se ha dado cumplimiento a las disposiciones del art. 24 incs. a), b) y d) de la ley 14.159, con las modificaciones del decreto ley 5756/58. (...) En resumen, de la prueba testimonial receptada y de la inspección ocular antes referida, no quedó duda de que la posesión de las tierras requeridas, no sólo es comunitaria, sino que es pacífica, continua e ininterrumpida, desde tiempos inmemoriales, así como que dicha posesión la ejercieron *animus domini* y colectivamente.

Enfatizando lo antedicho, el segundo voto, correspondiente al doctor Víctor Eduardo Farfán, comienza simplemente con una referencia a la legislación común en estos términos: “Para que la posesión por 20 años autorice a prescribir el dominio a favor de quien lo haya realizado, es menester que sea pública, quieta, pacífica, continuada, ininterrumpida y con ánimo de dueño (arts. 2351, 2363, 2384, 2373, 2405, 2408, 2445, 2449, 2479, 2480, 2481, 2524 inc.7, 3448, 4015, 4016 del C.C.).” Y sobre el final de su voto, sin realizar mención alguna a la legislación especial o prescripciones constitucionales, expresa: “En ese orden, ninguna duda cabe que, los hechos citados precedentemente, demuestran los actos posesorios ejecutados por los nativos de esta comunidad, revelando claramente su propósito, conforme a lo dispuesto por el art. 2384 del C.C., e indican, unánimemente como poseedores del campo de ‘quienes los ocupan’.”

Por otro lado, en el caso: “SEDE, ALFREDO Y OTROS C/ VILA, HERMINIA Y OTRO S/ DESALOJO”, Expediente N° 14012-238-99; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5, Secretaría única, Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, San Carlos de Bariloche, 12 de agosto de 2004, en el

cual miembros de una comunidad indígena se defendían de una acción de desalojo invocando la normativa constitucional y la ley 23.302, se reconoce la relevancia de nuevo derecho, por primera vez en una sentencia judicial al decir:

Compréndase bien: la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. [...] Es altamente improbable que los integrantes de una comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos (ver, por ejemplo, Ramella, Susana T. “Ideas demográficas argentinas (1930-1950). Una propuesta poblacionista, elitista, europeizante y racista” y sus citas, especialmente las obras de Abelardo Levaggi; Carlos A. Ghersi, “Los derechos de las comunidades aborígenes -cuando la fuerza de la dignidad cambia la historia ...”; Rosemblat, Mora y Raimondi Quintana, “El Derecho de los Tratados con los Pueblos Indígenas”, www.indigenas.bioetica.org/inves18.htm; etcétera.

Sin embargo, al categorizar el contenido de este nuevo derecho, lo hace en términos de reparación histórica, al expresar:

La Constitución Nacional de 1994 ha dispuesto justamente una reparación histórica dando por cierto que continuaron la posesión comunitariamente; de modo que les basta con demostrar su pertenencia a la comunidad de acuerdo con los artículos 2 y 3 de la ley 2.287 y el artículo 1 del convenio 169/1989. Implica reparar la “reducción de tribus indígenas” que tuvo lugar a partir de la ley nacional de inmigración y colonización 817, la ley nacional de tierras 4167 y normas consecuentes, como el decreto-ley 9.658/45, que procuraban “incorporar al aborigen a la vida civilizada” y colonizar sus tierras con inmigrantes, en vez de respetar su identidad y territorio.”

En igual sentido, en el caso “GUARDA FIDEL S/USURPACIÓN”, Expediente N° 428/04, Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° II. Secretaría N° IV; San Carlos de Bariloche, 10 de noviembre de 2004, el juzgador a cargo sostuvo:

[...] el letrado defensor de Guarda expuso con claridad los motivos y las circunstancias que permiten considerar que la presencia del prevenido y su grupo familiar en el lugar que nos atañe pueda ser calificada como histórica. Para ello efectuó una pormenorizada descripción de los instrumentos públicos que registran la presencia de sus ancestros desde hace muchísimos años atrás en el lugar, así como de los valores que suponen para la comunidad Mapuche de la cual forman parte, el cuidado de la naturaleza —en este caso, de los pocos árboles existentes en el sitio—, y la protección del cementerio que aloja a sus parientes y seres queridos. [...] Entiendo que no se han constatado los daños a los que aludiera el denunciante. Tampoco se ha verificado que se consumaran algunos de los supuestos previstos en el artículo 181 del Código Penal. Ello por cuanto si bien es cierto que Guarda habría iniciado una construcción precaria en el sector denominado Tres Picos, donde conviviría con su familia, no lo es menos el hecho de ser un antiguo poblador de esas tierras, las cuales a esta altura del partido resultan litigiosas.

Luego, aborda la cuestión valorativa respecto de la situación de las comunidades indígenas, sobre todo de la región, es decir de la Patagonia, manifestando:

La cuestión traída a conocimiento del Tribunal excede, claro está, los límites del derecho penal y nos aproxima a una problemática que se encuentra candente en esta región del Estado Nacional. [...] El Dr. Germán J. Bidart Campos señala respecto al artículo 75 de la Constitución Nacional y las leyes del Congreso, que el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos ofrece varios aspectos. [...] Argentina, de cara al europeísmo y a las imitaciones foráneas, nunca exaltó su indigenismo sino más bien lo renegó, lo menospreció o, cuando menos, lo olvidó y lo ocultó. De ahí que dos de los aspectos recién señalados —simbólico-reparador, e histórico— vengan a ser, aunque tardíamente, una reivindicación de nuestro ancestro primero, luego tan cuantitativamente reducido.

Finalmente, entonces, puede observarse cómo se llega a la conclusión de la reparación histórica para darle fundamento a la liberación del imputado, miembro de una comunidad indígena titular de las tierras pretendidas por otro.

El juzgador resta validez a la efectiva aplicación de derechos específicos, por ejemplo al referirse al carácter de “litigiosa” de la titularidad de las tierras y, luego de reconocer el carácter histórico del asentamiento del imputado y su familia, concluye su exposición argumentativa expresando: “El Congreso, en ejercicio de la competencia

que surge de la norma comentada, tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulta posible.”

En abono de nuestras consideraciones, cabe analizar el fallo: “COMUNIDAD MAPUCHE CATALÁN Y CONFEDERACIÓN INDÍGENA NEUQUINA C/PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”, Expediente N° 1090 - Neuquén, 3 de junio de 2004. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, en el cual se diluyen los derechos de las comunidades indígenas en el derecho común de la constitución, es decir en el resto de lo normado por la carta magna, mediante las siguientes fundamentaciones:

[...] los peticionantes denuncian la omisión en que incurriera el Estado provincial, al sancionar la ley de creación del Municipio de Villa Pehuenia, en cuyo ejido se encuentran asentadas las comunidades mapuches que integran, respecto al cumplimiento de la obligación de otorgarles la participación, cada vez que se prevean medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectar sus intereses, deber emergente de la normativa en que fundan el derecho que les asiste.- [párr. segundo del art. 75, inc. 17, Constitución Nacional Argentina]. [...] Ahora bien, a esta altura del análisis, conforme también lo sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha de señalarse que “los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales”. (Fallos 264-94; 302-60 y muchos otros).- Asimismo y siguiendo los términos de nuestro Supremo Tribunal Nacional, se concluye que “[...] la Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad. La interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida (Fallos 312-508 y 509) (11)”.- En función de lo hasta aquí expuesto, debemos poner de resalto que efectuando una interpretación armónica e integradora de los distintos derechos emergentes de las cláusulas constitucionales en aparente tensión, este Cuerpo concluye que no se advierte *prima facie* la violación de la garantía constitucional que los accionantes invocan.

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia analizada, no se legitima la existencia de un sujeto “otro”.

Lo que no se encuentra en juego aquí es la posición política de los pueblos indígenas, ya que la idea de reparación histórica¹⁷ remite el conflicto de un tiempo pasado, desatendiendo el estado actual de relaciones sociales y políticas entre el todo social y el otro-indígena.

Por otro lado, la adjudicación de tierras, en el marco de la legislación común de Argentina, consolida un proyecto privatista e individual, con el agravante de que los procesos de titulación de tierras han contribuido a la seguridad jurídica de la propiedad no indígena y estatal, reduciendo y constriñendo las territorialidades indígenas, y asimilándolas a los esquemas del derecho civil.

En varios países latinoamericanos se han implementado programas de demarcación y titulación con financiamiento de la banca internacional (Toledo Llancaqueo, 2005: 89). A su vez, la hegemonía de las representaciones cartesianas y catastrales de los espacios indígenas, por la vía de las geomensuras, ideologías de ordenamiento físico, y la difusión de paquetes GIS que —aplicados como cajas negras y mágicas, sin mediaciones—, arrasan con las etnofisiografías, es decir, nada menos que con parte del núcleo simbólico de la territorialidad indígena (Toledo Llancaqueo, 2005: 90).

La vigencia irrestricta de la legislación común demuestra que el diferente tiene derecho a ser igual que el resto mediante el establecimiento de una igualdad en el acotado margen de la libertad que el capitalismo admite, pues poner en juego la noción de propiedad individual implica arriesgar todo el edificio ideológico, político y social sobre el cual fue afianzándose el sistema actual (Grossi, 1992 y 2004).

Este igualitarismo, evidenciado en el discurso jurídico actual, específicamente el jurisprudencial, no reconoce el valor de la dignidad, la libertad y la autonomía de otros sujetos con aspiraciones y demandas específicas, sino que considera que debe repararse el daño o menoscabo que han sufrido, igual que cualquier sujeto que hubiere sufrido un daño. La noción y contenido de sujeto de derecho es una sola, única y excluyente, no se reconocen expectativas, derechos, necesidades ni dignidades más allá del sujeto de derecho universal. Con ello se opera una traducción de la demanda original —del otro excluido, oprimido— en los únicos términos en que el sistema puede decodificarlo, su propio lenguaje, sus propias reglas de juego, quedando las demandas emancipadoras obturadas.

En este escenario resulta de interés considerar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” del 31 de agosto de 2001.

¹⁷ En el mismo sentido se expresa Anaya al sostener que la Declaración constituye un instrumento de carácter reparador (Anaya, 2006: 2).

Este acontecimiento constituye un antecedente que debe considerarse en cuanto a la potencialidad de la lucha de los pueblos indígenas en el contexto de la disputa por la redefinición de propiedad privada y lo que la propiedad privada implica para el funcionamiento del sistema económico-financiero.

La CIDH resuelve sin aplicar convención alguna relativa a derechos específicamente indígenas, puesto que no existe una convención tal en el sistema americano de derechos humanos. Pero, ante la ausencia de derechos específicamente indígenas dentro del marco del sistema americano de derechos y la legitimidad del reclamo identitario indígena en el contexto internacional de los derechos humanos, debió fallar resignificando el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe la protección de la propiedad privada o individual.

Así, la CIDH reconoció que “El artículo 21 protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas”. Y el voto razonado de uno de los miembros del tribunal destacaba que “la propiedad comunal o colectiva cumple de mejor manera con la exigencia insoslayable de la función social”.

De este modo, en el sistema de derechos humanos americanos el sentido de propiedad, tal y como se conocía, se encuentra en un proceso de desplazamiento a partir de las resignificaciones que las luchas de los movimientos indígenas le han impreso.

En un contexto situado, como éste, tratándose de una reivindicación particular, llama la atención el modo en que es considerado uno de los fundamentos del todo social: la propiedad privada e individual. Una cuestión que permite valorar el potencial liberador de la disputa política por los derechos en el margen donde los mismos, lejos de ser meramente absorbidos, promuevan una transformación del sistema/totalidad.

Lo relevante del caso es, por un lado, que no se trata de la aplicación de un derecho específico, distinto y alejado del núcleo problemático de los derechos que articulan la situación política de dominación y marginación de los pueblos indígenas y, por otro: lejos de pretender reconducir la cuestión hacia la propiedad individual, desplaza a la misma propiedad privada de su rango de superioridad simbólica. Es decir, se trata de una situación de inclusión/exclusión (Rancière, 2005: s/n) en la que la propiedad comunitaria está excluida/incluida mediante el desplazamiento simbólico de aquello que la excluye, la propiedad privada.

A modo de conclusión

El interés del tratamiento conjunto de las rupturas entre las prácticas socio-jurídicas y la normativa vigente que aparecían relevantes en el análisis de los derechos consagra-

dos y/o reconocidos a los pueblos o comunidades indígenas, en el marco del discurso jurídico argentino —la aparición de la institución indiana del protector de naturales y la aplicación del Código Civil argentino en la adjudicación de tierras a comunidades indígenas—, radica en elucidar que, al consagrarse tanto el principio de igualdad como el respeto por la diferencia, el discurso jurídico se ha mostrado remiso en la confirmación plena y efectiva de los mismos.

Rescatando, entonces, los contextos económicos y políticos, se ha ido esclareciendo a qué condiciones responden tales rupturas, lo cual permite demostrar cómo el derecho opera igual que un discurso y, por tanto, cristaliza y condensa las relaciones de poder y los términos de la disputa.¹⁸

Así pues, los discursos jurídicos como —todo discurso— se articulan en contextos concretos y situados en los que se pugna por la instauración de derechos como manifestaciones del pleno ejercicio de las subjetividades. Esto se observa claramente en los fallos judiciales analizados en cuanto que, de acuerdo a los argumentos que los motivan, permiten o no el ejercicio de un derecho, y limitan o no los alcances, contenidos y consecuencias de tal ejercicio.

Se ha podido observar, además, la riqueza analítica que posee el estudio del derecho desde su consideración discursiva, indagando en las normas vigentes, los fallos judiciales, y los procesos económico-políticos en que se encuentran insertos. En este caso, se ha podido elucidar a qué lógicas, en cierto modo, responden las declaraciones internacionales de derechos, permitiendo avizorar los márgenes más o menos amplios y/o estrechos que éstas habilitan para la transformación social.

Asimismo, al referirse al derecho indiano y su pretendida transformación luego del proceso revolucionario independentista, se ha observado cómo el sistema consagra derechos que terminan siendo funcionales al mismo y mitigando las expectativas de sujetos involucrados: los pueblos y comunidades indígenas.

Finalmente, la cuestión radica en comprender que, en la relación entre derecho y prácticas sociales, no puede sostenerse como hipótesis principal la ineficacia de un sistema jurídico en función de su incumplimiento material o ineficacia en el sentido en que lo propone el ideal de la igualdad real o la discriminación positiva. El orden de los derechos constituye una formación discursiva problemática en la cual se condensan relaciones sociales, políticas y económicas que permiten organizar su sentido.

Las prácticas sociales, entonces, dan el marco en el cual las subjetividades político-jurídicas aparecen no como una concesión fija y fijada por el poder instituido, sino

¹⁸ Para un estudio de la consideración del derecho como discurso puede consultarse Cárcova (1998 y 1993).

en la propia dinámica de la realidad social, a partir de los agentes interesados y de sus relaciones con las instituciones.

Bibliografía

Abásolo, Ezequiel, 2002, “El elemento indígena como generador de tensiones en el seno de la modernidad jurídica. Algunas consideraciones al respecto a partir del caso argentino”, *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, Santiago de Chile.

Anaya, James, 2005, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta.

Briones, Claudia, 1998, *La alteridad del “cuarto mundo”. Una deconstrucción antropológica de la diferencia*, Buenos Aires, Ediciones del Sol.

Carrasco, Morita, 2000, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Vinciguerra.

Carrasco, Morita, 1997, “Procesos organizativos y propuestas legislativas de pueblos indígenas en Argentina”, II Reunión de Antropología del Mercosur Fronteras Culturales y Ciudadanía. “Territorialidad y Políticas Indigenistas en los países del Mercosur”, Pirlápolis, Uruguay.

Cárcova, Carlos M., 1998, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta.

Cárcova, Carlos M., 1993, *Teorías jurídicas alternativas*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.

Duve, Thomas, 2004, “La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho Indiano”, *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milán, Università degli Studi di Milano.

Ferrajoli, Luigi, 2005, *La igualdad y la diferencia de género*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Foucault, Michel, 1987, *El orden del discurso*, España, Tusquets.

- Grossi, Paolo, 2004, "Propiedad y contrato", en *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta.
- Grossi, Paolo, 1992, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid, Civitas.
- Levaggi, Abelardo, 1992, "Muerte y resurrección del Derecho Indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo XIX", *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 29, Colonia/ Viena.
- Levaggi, Abelardo, s/f, "La protección de los naturales por el Estado argentino (1810-1950). El problema de la capacidad", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, 1990-1991.
- Levaggi, Abelardo, 1990, "Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el s. XIX", en A. Levaggi (coord.), *El aborigen y el derecho en el pasado y en el presente*, Buenos Aires, UMSA.
- Mariluz Urquijo, José M., s/f, *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 2ª ed. aumentada.
- Mercado Reynoso, Adrián Gustavo, 2003, *Tierras, cosas, consuetudes: formas disociadas de propiedad inmobiliaria en la ciudad de Todos los Santos de la Nueva Rioja S XVI-XVIII*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario.
- Rancière, Jacques, "El método de la igualdad", <http://mesetas.net/?q=node/156>, 2005, último acceso en marzo de 2008.
- Segato, Rita, 1999, "Identidades políticas/alteridades históricas: una crítica a las certezas del pluralismo global", *Anuario Antropológico/97*, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- Solano, Francisco de, 1991, *Cedulario de tierras. Compilación. Legislación agraria colonial (1497-1820)*, 2a ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Verón, Eliseo, 1987, *El discurso político. Lenguajes y acontecimientos*, Buenos Aires, Hachette.

Recibido el 16 de abril de 2008.

Aceptado el 17 de diciembre de 2008.