

MECANISMOS PARA LA DETERMINACIÓN JURÍDICA DE LAS IDENTIDADES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ARGENTINOS. EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LAS TENSIONES EN EL FEDERALISMO

AGUSTÍN BERNARDO BONAVERI

Profesor Adjunto de Instituciones del Periodo Colonial e
Independiente, Universidad Nacional de las Artes.

SUMARIO: I. Introducción. II. La determinación de la identidad de los pueblos originarios en las Ciencias Sociales. III. La regulación jurídica de los pueblos indígenas argentinos. IV. Las tensiones en el federalismo. El registro nacional y los registros provinciales de pueblos indígenas. V. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto indagar sobre los modos en que se determina la calidad jurídica de “pueblo indígena argentino”, entendido como requisito previo y necesario para hacer efectivo el reconocimiento de los derechos establecidos por el constituyente tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el control jurisdiccional sobre los criterios empleados por la Administración y las consecuentes tensiones y conflictos que este proceso de reconocimiento genera dentro del federalismo.

Aunque la determinación de este estatus jurídico resulta de fundamental importancia, lo cierto es que no ha merecido por parte de la doctrina un tratamiento acorde a su relevancia.

Entiendo que los motivos de la escasa atención dispensada al tema pueden obedecer, por un lado, a que su elucidación requiere en buena medida la asistencia de ciencias auxiliares al Derecho, como ser la Antropología, la Historia y la Sociología entre otras; por otro lado, el tema resulta espinoso por abordar cuestiones relativas a un grupo minoritario y tradicionalmente oprimido y a su vez, y relacionado con ello, debido a que la histórica situación de abusos y sometimiento de los pueblos originarios puede dificultar el abordaje actual de la cuestión de su identidad desde un punto de vista científico, por las valoraciones negativas que puede conllevar dudar, cuestionar o impugnar –en base a razones y pruebas– el carácter auténtico de dicha identidad.

La determinación de las identidades de los pueblos indígenas argentinos se inscribe dentro de un proceso mayor, relativo a la condición jurídica del indio en la nuestro país¹.

Desde temprano, tras el descubrimiento de América, hubo un importante interés desde el Derecho para determinar la condición jurídica de los naturales —y con ello sus derechos y obligaciones dentro del sistema de dominación impuesto por los conquistadores—. De este modo, las bulas alejandrinas de 1493, la Junta de Burgos de 1512, las Leyes Nuevas de 1541, las Ordenanzas de Abreu de 1576 y las Ordenanzas de Alfaro de 1611, entre otra mucha normativa, abordaron estos tópicos.

En nuestro caso, desde el Derecho patrio, a partir del año 1810 encontramos también reflejado en los textos normativos menciones sobre la condición jurídica del indio, aunque cabe señalar que la cuestión de los pueblos originarios ocupó un lugar periférico dentro de los intereses políticos y jurídicos del Estado argentino. De este modo, en cuanto a sus derechos —y también respecto a la velada consideración sobre su identidad— se mantuvo una política estatal pendular, que oscilaba entre considerar a los pobladores originarios dentro del modelo monocultural adoptado por la joven Nación o relegarlos a la invisibilidad del *desierto*².

Por caso, la Constitución de 1819 estableció que los indios eran “iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos”. Puede apreciarse la influencia racionalista y el espíritu de la Revolución Francesa que marcó en esa época al Derecho en general —v. gr. Código de Napoleón de 1804— y al constitucionalismo clásico en particular.

A su vez, la Constitución Nacional en su texto original de 1853 abordaba al tema desde ese enfoque monocultural ya señalado. En efecto, el artículo 67 inciso 15 establecía entre las atribuciones del Congreso Nacional: *Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo*³.

1 Atento el objeto del presente trabajo corresponde acotar el marco de investigación, aunque va de suyo que el proceso no es exclusivo de nuestro país, sino que es válido para toda Latinoamérica, así como para todos los casos de pueblos originarios en pugna por el reconocimiento de sus derechos ante los Estados donde habitan.

2 La metáfora del desierto refirió no sólo a los espacios geográficos sino también a una situación sociocultural, es decir, a aquellos espacios que el proyecto estatal-nacional debería vaciar de toda reivindicación étnica... En Argentina la noción de desierto caracterizó a gran parte de las alusiones a los espacios territoriales sobre los cuales las fracciones hegemónicas de la burguesía diseñaron su modelo de dominación. Cfr. GOTTA, CLAUDIA ANDREA y TARUSELLI, MARÍA VICTORIA, “Pueblos Originarios y Desarrollo: otros saberes y otros modelos para alcanzar la sustentabilidad”, en *Desarrollo e Meio Ambiente*, N° 19, Editora UFPR, jan/jun 2009, ps. 41-51.

3 No es casual que la norma sancionada en 1853 incluyera conjuntamente la cuestión indígena junto con la seguridad de las fronteras, toda vez que el indio era el que ocupaba el territorio allende la “frontera”, esto es, el “desierto”. De este modo, los constituyentes, inspirados en este

Posteriormente, puede destacarse dentro de la limitada producción teórica sobre la condición jurídica del indio en la Argentina, al informe de BIALET MASSE, presentado en el año 1904 ante el requerimiento del Ministro del Interior del presidente ROCA, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ. El informe sobre el estado de las clases obreras en el interior de la República abarca diversos aspectos de las relaciones laborales y también de sus actores, entre ellos inmigrantes, criollos e indígenas.

Ahora bien, el tema de las identidades de los pueblos originarios y del reconocimiento de sus derechos –cuestiones ambas insolubles– tuvo un notable impulso en nuestro país tras la recuperación de la democracia en 1983. A partir de esa fecha, incluso, puede decirse que asistimos a un cambio de paradigma sobre el tema.

A su vez, puede explicarse al proceso de reconocimiento de las identidades indígenas y de sus derechos como un proceso de génesis inversa. En efecto, el reconocimiento de los derechos no partió de la Constitución Nacional para luego reglamentarse a través de la legislación nacional y provincial y la demás normativa de rango inferior, sino que, contrariamente, el nuevo paradigma que rompió el esquema de la Constitución de 1853/60 comenzó a gestarse en el orden provincial, luego continuó mediante una ley nacional, posteriormente con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un tratado específico y finalmente con la consolidación de este proceso en la Constitución reformada de 1994.

El artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional dispone:

“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 afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

En este estado, la reforma constitucional no brinda una respuesta acabada respecto a la determinación del carácter de pueblo indígena argentino, siendo necesaria su elaboración por parte de los distintos operadores jurídicos. Especialmente debe indagarse sobre tres conceptos: lo étnico, lo cultural y la identidad.

caso por GOROSTIAGA, sancionan una norma que por una parte propicia el trato pacífico con los indios –una suerte de reconocimiento de su igualdad–, por otra promueve su conversión a la religión católica –desconociendo desde una posición paternalista la libertad de culto válida para todos los habitantes– y, finalmente, dispone la seguridad de las fronteras –justificando implícitamente con ello las posteriores masacres perpetradas contra los pueblos originarios–.

Las tensiones que la determinación del carácter de pueblo indígena argentino conlleva dentro del federalismo también guarda vigencia y ello se expresa, entre otros modos, a través de las divergencias de criterios entre las autoridades nacionales y las autoridades provinciales para proceder a inscribir la personería jurídica de las comunidades indígenas. Esta cuestión fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ Inconstitucionalidad”, de fecha 10 de diciembre de 2013, fallo que resulta muy relevante en lo que a esta temática respecta no solo por la regla que establece sino también por las posiciones que fija *obiter dictum*, todo lo cual será motivo de análisis en el apartado IV.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

Es corriente en el discurso jurídico actual⁴ referirse a los pueblos originarios, o pueblos indígenas argentinos conforme la Constitución Nacional, sin mayores explicaciones sobre la conformación de ese colectivo particular.

Esto no es algo novedoso. Con la llegada de los españoles y la posterior conquista y colonización del territorio americano, fue usual que se calificara a un grupo muy diverso de sociedades, pueblos y etnias bajo una misma denominación, tan abarcativa como errada: así, bajo el paraguas contenedor del término “incas”, “tobas” o “pampas” fueron incluidos grupos diversos, con la consiguiente pérdida de identidad.

La cuestión de la identidad, juntamente con los conceptos de etnia y cultura, se tornan entonces cruciales a la hora de generar las condiciones para el reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos originarios.

Resulta pertinente indagar al menos una aproximación al concepto de identidad en general y luego precisarla en el marco de la identidad indígena aquí estudiada.

La Real Academia Española dice que el vocablo identidad proviene del latín *identitas*⁵ y dentro de las cinco acepciones que le atribuye podemos destacar las siguientes dos:

- a) conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás.
- b) conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.

Se ha dicho que “en la actualidad se considera la identidad como una construcción social, lo que implica la presencia de grupos sociales y de un sentido de pertenencia a tales grupos. Cuando se habla de una identidad étnica o cultural se

4 Esto es, a partir del cambio de paradigma sobre la condición jurídica de los pueblos indígenas argentinos, el cual puede situarse como se ha dicho a partir del año 1983 y específicamente con mayor énfasis tras la reforma constitucional de 1994.

5 Que a su vez derivaba de *ídem*, que significa “lo mismo”.

hace referencia a aspectos que trascienden la individualidad, y que se relacionan con características, creencias y valores de un grupo. Cuando esa identidad se vincula con la de grupos del pasado, se implica la transmisión de aquellos elementos con los eventuales cambios propios del proceso histórico específico del área tratada. Por lo tanto, no significa que esos elementos tengan que permanecer inalterados con el paso del tiempo. Por el contrario, en lugares sometidos a procesos de conquista y colonización, a veces las transformaciones culturales son tan grandes que muchas características presentes en un determinado momento pueden desaparecer completamente al cabo de un tiempo. Pero también es cierto que esos mismos procesos traen aparejados situaciones de mayor movilidad y de cambio y mezcla de poblaciones, y por lo tanto hay que diferenciar si el cambio de las pautas y elementos culturales va acompañado por la conservación de la identidad de la población local (el mismo grupo étnico con cultura diferente) o por modificaciones en la conformación de la población que han provocado la pérdida de la identidad original del grupo local (una cultura distinta, correspondiente a otro grupo étnico, a varios grupos o a una nueva mezcla de grupos que no se reconocen por la identidad del grupo originario del lugar)”⁶.

Ahora bien, la identidad puede ser individual, grupal, o también cultural. En esta línea se inscribe una parte del reconocimiento expreso que realiza el constituyente en 1994; es por ello que su estudio debe realizarse ligado, esto es, identidad y cultura en interrelación⁷.

A su vez, desde el análisis específico de lo normado por la Constitución Nacional tras la reforma del año 1994, se sostuvo que

“la utilización en el texto fundamental de la palabra ‘cultura’ involucra el reconocimiento de diferentes sistemas de comunicación, conjuntos de valores y significados que cada uno de los grupos humanos que preexistía en el territorio, ha compartido, adaptado y transmitido de generación en generación hasta la actualidad. Por medio de la cultura, el hombre integra el ambiente natural, el pasado histórico y las relaciones sociales, reuniendo el conjunto de las fuerzas

6 GARCÍA, ALEJANDRO, *Tras las huellas de la identidad huarpe. Un aporte desde la Arqueología, la Antropología y la Historia*, serie libros N° 7, Zeta editores, Centro Interdisciplinario de Estudios Regionales, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2004, p. 79 y ss.

7 Sobre este concepto complejo de identidad cultural se afirmó que “... encierra un sentido de pertenencia a un grupo social con el cual se comparten rasgos culturales, como costumbres, valores y creencias. La identidad no es un concepto fijo, sino que se recrea individual y colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior. De acuerdo con criterios antropológicos y sociológicos, la identidad surge por diferenciación y como reafirmación frente al otro. Aunque el concepto de identidad trascienda las fronteras (como en el caso de los emigrantes), el origen del concepto se encuentra vinculado a un territorio”, cfr. MOLANO L., OLGA LUCÍA, “Identidad cultural un concepto que evoluciona”, *Revista Opera*, mayo de 2007, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67500705>. ISSN 1657-8651.

que actúan sobre él como un medio para la adaptación y el ajuste a las complejidades del mundo en que se mueve (...) cultura es la parte del ambiente hecha por el hombre en tanto su vida transcurre en dos escenarios; el natural o ‘hábitat’ y el social”⁸

Cabe señalar que en el caso de los pueblos originarios, el carácter territorial no constituye un elemento definitorio de su cultura, toda vez que las fronteras políticas fueron impuestas –y fueron variando con el tiempo– durante el proceso de conquista y colonización. Actualmente, la Constitución Nacional, por las razones que se explicarán en el siguiente apartado, delimita el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al territorio nacional, sin que ello implique una definición cultural de pueblos que eventualmente pueden estar asentados en forma conjunta en el territorio nacional y de países limítrofes.

A su vez, desde la perspectiva de la identidad, ésta

“... sólo es posible y puede manifestarse a partir del patrimonio cultural, que existe de antemano y su existencia es independiente de su reconocimiento o valoración (...) dicha identidad implica, por lo tanto, que las personas o grupos de personas se reconocen históricamente en su propio entorno físico y social y es ese constante reconocimiento el que le da carácter activo a la identidad cultural (...) el patrimonio y la identidad cultural no son elementos estáticos, sino entidades sujetas a permanentes cambios, están condicionadas por factores externos y por la continua retroalimentación entre ambos”⁹.

Ahora bien, en este estado de planteamiento del tema es posible formular el interrogante central: ¿cuáles son los mecanismos que permiten identificar a los grupos étnicos?

Básicamente existen dos grandes corrientes para abordar esta cuestión fundamental, presupuesto necesario para poder hacer efectivos los derechos reconocidos por la Ley Suprema¹⁰.

Por un lado, una corriente llamada “esencialista”, que fundamenta los mecanismos para identificar a un grupo étnico en criterios objetivos que trascienden

8 Cfr. ALTABE, RICARDO, BRAUNSTEIN, JOSÉ Y GONZÁLEZ, JORGE A., “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional”, *El Derecho*, N° 8.858, Buenos Aires, 19 de octubre de 1995, p. 4.

9 MOLANO L., *op. cit.*, p. 74.

10 Las dos posturas que se plantean abarcan las posibles variantes que las ciencias sociales han utilizado. Algunas de ellas ya no son aceptadas. Así, se han planteado los siguientes criterios de identificación: a) raciales o biológicos: imperaron hasta hace unos sesenta años o más, centrados en los aspectos biológicos para la distinción y en el concepto de “raza”; b) criterios legales o administrativos: son indígenas quienes han sido identificados o definidos por alguna autoridad; c) criterios socioculturales: se basan principalmente en el idioma que hablan y otros elementos de la cultura material como el vestido, la alimentación, etc.; d) criterios culturales propios: no son de los individuos sino de las colectividades; e) autodefinition indígena: son criterios subjetivos de auto-identificación por los propios pueblos. Sobre estos cinco criterios referidos, cfr. BAROCELLI, SERGIO

las generaciones, como ser el lenguaje, las tradiciones culturales, las prácticas sociales, etc.

La otra corriente, antagónica, define la etnicidad en términos dinámicos e incluso psicológicos: lo que define a la etnia es la autoidentificación por parte de los miembros del grupo y el reconocimiento externo por otros grupos.

La preeminencia en la actualidad está en la corriente dinámica. Al respecto, se ha afirmado que “las identidades particulares, locales, étnicas, populares en surgimiento siguen siendo reconocidas en su diferencia con un sistema hegemónico y a partir de una concepción esencialista de la identidad. En esta concepción, la identidad se constituye a partir de un núcleo de rasgos socioculturales homogéneos e inmutables. Esta hipótesis no ha resistido la constatación empírica. La palabra ‘indígena’ es un ejemplo de la primera concepción. Estas identidades aparecen definidas en sus características culturales por otros y no a partir de sus propias formas de representación simbólica. La consecuencia es la caricaturización o estereotipación de las culturas étnicas locales o populares. Frente a esta concepción, en la Antropología Social, se define a la identidad como un proceso donde no hay un núcleo inmutable y permanente, sino que es un resultado variable y efímero de la dialéctica experimentada por la totalidad sociocultural. Se define a la autoconciencia étnica como indicador de la existencia de una identidad. Esta autoconciencia es el resultado de las contradicciones y conflictos que se generan y se define por los niveles de representación que cada individuo tiene acerca de su grupo. Así, los criterios actuales de identificación del indígena, ponen el acento en la conciencia de pertenencia a un grupo y/o comunidad más allá del lugar de residencia. Esta nueva conceptualización de la identificación de los pueblos indígenas, se adecua más a la dinámica de la compleja realidad indígena de nuestros días, caracterizada por el mestizaje, la migración y la pobreza, la desterritorialización. Por estas razones, se dejaron de lado, como criterios de identificación prevalecientes los criterios raciales o de sangre y los criterios relativos al uso de la lengua indígena”¹¹.

Efectuada esta aproximación a las tendencias actuales para la determinación del carácter étnico de un grupo, entiendo que cabe reconocer al criterio de la autoconciencia un carácter prevalente para ello, en tanto la dominación y el sometimiento del conquistador u opresor sobre los grupos sometidos lleva en muchos casos a la eliminación de las pautas culturales, simbólicas y materiales de esos grupos, las cuales pueden perderse definitivamente.

SEBASTIÁN, “Personalidad jurídica de pueblos y comunidades originarias. Recientes estándares de la Corte Suprema”, La Ley, Buenos Aires, 31 de marzo de 2014, p. 3.

11 BUSTOS, MARÍA ROSA, “La dimensión política de la identidad y los conflictos sociales El movimiento social indígena Huarpe de Mendoza”, Revista Confluencia, N° 1, Año 1, Mendoza, Argentina, invierno de 2003, ISSN 1667-6394.

Sin embargo, la autoconciencia tomada como elemento exclusivo no parece un argumento fuerte para reconocer el carácter étnico de un determinado grupo, toda vez que bastaría el deseo de ser o pertenecer para que, consecuentemente, se sea o se pertenezca. En otras palabras, el mero voluntarismo no sustituye una realidad. Va de suyo que, en muchos casos, esa autoconciencia del grupo refleje la realidad de pertenencia y de identidad al pueblo originario; pero en otros casos, por los motivos que fueran, legítimos o espurios, la autoconciencia sería un mecanismo para apropiarse de una identidad que no es verdadera.

En esta línea, “la indigenidad, con frecuencia, independientemente de los orígenes y de la continuidad biológica y cultural, es el resultado de políticas gubernamentales impuestas desde arriba y desde afuera. También es producto, las más de las veces, de un “discurso construido” por las emergentes elites intelectuales de los propios pueblos indígenas y de sus simpatizantes entre otros sectores de la población”¹².

A su vez, la cuestión se hace aún más compleja cuando se recurre a fuentes históricas en el entendimiento de ser el reflejo de las formas constructoras de la identidad indígena y en verdad son construcciones que no pertenecen a los pueblos originarios¹³.

Por tal motivo, parecería que, sin perjuicio de la prevalencia de la autoconciencia como criterio para la determinación de la identidad de los pueblos originarios, resulta necesario la presencia de otros elementos –de carácter histórico, lingüístico, cultural, etc.– que permitan reconocer en el caso, el origen y la identidad de ese grupo.

III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ARGENTINOS

Como se ha expresado en el apartado I, el cambio de paradigma en relación con los derechos de los pueblos originarios se desarrolló en nuestro país mediante un proceso de génesis inversa.

12 Cfr. MIREs, FERNANDO, *El discurso de la indignidad. La cuestión indígena en América Latina*, DEI, San José, 1991, citado por STAVENHAGEN, RODOLFO, “Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Revista N.A.*, N° 43, Universidad Autónoma de México, p. 90.

13 Por caso, “lo que en un momento se identifica como lo puramente indígena pudo ser el resultado de una creación colonial. Tal como sucedió con la llamada *customary law* en colonias inglesas, que constituyeron la base del gobierno del *Indirect Rule*. La *customary law* o ley consuetudinaria fue producto de una codificación de normas locales elaborada por agentes coloniales británicos, a partir de informantes nativos, más tarde asentadas como las legítimas costumbres. MOORE (1986) en su trabajo sobre Kilimanjaro da una muestra de este proceso”, SIERRA, MARÍA TERESA, “Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas”, *Revista Alteridades*, N° 7, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1997, p. 133.

Las primeras leyes dentro de este nuevo esquema de respeto a la diversidad cultural que plantean los pueblos originarios, y contrario al rígido sistema monocultural anterior, tuvieron su origen en la legislación provincial¹⁴.

Por su parte, el Congreso Nacional dictó en el año 1985 la Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.

En el artículo 1, la ley declara de interés nacional la atención y apoyo tanto a los aborígenes como a las comunidades indígenas existentes en el país y propende su integración a la Nación respetando sus propios valores y modalidades. Establece que “a ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes”.

A su vez, en el capítulo II “De las comunidades indígenas” (artículos 2, 3 y 4) la norma regula las cuestiones relativas a la personería de las comunidades y a los mecanismos para su reconocimiento. De ese modo, el artículo 2 reconoce la personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país.

A continuación, sienta un criterio fundamental para definir esa categoría legal:

“Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”.

Esta personería se adquiere mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y puede extinguirse mediante la cancelación de dicha inscripción. La modalidad de inscripción se establece en el artículo 3 de la ley, que a tales fines dispone que “la inscripción será solicitada haciendo constar el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, las pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los demás elementos que requiera la autoridad de aplicación. En base a ello, ésta otorgará o rechazará la inscripción, la que podrá cancelarse cuando desaparezcan las condiciones que la determinaron”.

14 De este modo, la primera norma tras la recuperación democrática fue la Ley 426 Integral del Aborigen de la provincia de Formosa, dictada en el año 1984; luego en el año 1986 se sancionó la Ley 6.373 en la provincia de de Salta; en el año 1987 se sancionó la Ley 3.258 en el Chaco; luego en 1988 la Ley 2.287 de la provincia de Río Negro; en 1989 se sancionó la Ley 2.727 en la provincia de Misiones; en 1991 se sancionó la Ley 3.657 en la provincia de Chubut y finalmente en el año 1993 la Ley 11.078 de la provincia de Santa Fe.

Finalmente, el artículo 4 del capítulo II remite para la regulación de las relaciones de las comunidades inscriptas a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación. Esta disposición es criticable porque no tiene presente las particulares modalidades de interacción cultural de los pueblos originarios que, en muchos casos, no soportan el *corset* de esas reglas creadas para una realidad muy diferente.

La autoridad de aplicación de la ley es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), un ente descentralizado con participación indígena en la órbita del entonces Ministerio de Salud y Acción Social, actualmente bajo tutela del Ministerio de Desarrollo Social. Su presidente es designado por el Poder Ejecutivo y cuenta con un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor.

En el Consejo de Coordinación, conjuntamente con representantes de diversos ministerios nacionales y representantes de las comunidades indígenas, se prevé la participación de un representante por cada una de las provincias que adhirieran a la presente ley. De este modo, la ley crea las condiciones para el desarrollo de un federalismo de concertación en el marco del Consejo de Coordinación del ente rector de la política indígena a nivel nacional.

A su vez, el artículo 6 en su inciso c) dispone, entre las atribuciones del ente que le corresponde “llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. Las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, relativas a la inscripción de las comunidades, así como a su cancelación, serán apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez (10) días”.

Nuevamente, cabe destacar el interés del legislador en implementar políticas de coordinación entre la autoridad de aplicación nacional y los gobiernos provinciales.

La Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes fue reglamentada el día 2 de febrero de 1989 mediante el Decreto 155/89. El decreto establece en el artículo 2, en línea similar con las disposiciones de la ley relativas a la concertación entre los distintos niveles de gobierno del Estado federal, que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas actuará en coordinación con los organismos nacionales, provinciales o municipales competentes.

De la norma reglamentaria resulta particularmente relevante el artículo 20, en donde se expresan diversas condiciones que la autoridad de aplicación “podrá” tener en cuenta para proceder a la inscripción de las comunidades indígenas en el Registro Nacional:

- a) que tengan identidad étnica;
- b) que tengan una lengua actual o pretérita autóctona;

- c) que tengan una cultura y organización social propias;
- d) que hayan conservado sus tradiciones esenciales;
- e) que convivan o hayan convivido en un hábitat común.
- f) que constituyan un núcleo de por lo menos tres (3) familias asentadas o reasentadas, salvo circunstancias de excepción autorizadas por el presidente del INAI mediante resolución fundada, previo dictamen del Consejo de Coordinación.

Siguiendo la evolución temporal de la regulación jurídica relativa a los pueblos indígenas –que como se ha dicho no guarda relación con el nivel jerárquico de las normas; por el contrario, el proceso se desarrolló “de menor a mayor” – en el año 1989 aparece probablemente el mayor hito a nivel mundial en materia de reconocimiento de derechos a estos pueblos.

Efectivamente, el día 27 de junio de ese año, durante la 76^o Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reunida en Ginebra, Suiza, se adoptó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales¹⁵.

Dicho Convenio fue ratificado por nuestro país mediante la Ley 24.071 el día 4 de marzo de 1992. De allí que, como fuera dicho, se incorporó al ordenamiento jurídico federal un instrumento supralegal en el periplo denominado de génesis inversa del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas argentinos.

Cabe recordar que en el año 1957 se había adoptado un Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, pero se consideró que “los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven...”.

En lo que interesa atento el objeto del presente trabajo, es menester señalar que el artículo 1, apartado 1 dispone en el inciso b) que el Convenio se aplica “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho

15 “La adopción de este Convenio marcó un punto de inflexión en relación al reconocimiento de los derechos indígenas, pues constituye el instrumento obligatorio más avanzado en la materia. Reconoce un amplio plexo de derechos indígenas entre los que se destaca el derecho a la tierra, el territorio, los recursos, a decidir su propio desarrollo, a la consulta y participación, a regirse por las propias instituciones y procedimientos, entre otros. Sin embargo, pese a que fue y sigue siendo una pieza fundamental para el avance de los derechos indígenas, recibió algunas críticas desde diversos sectores”. Cfr. ZIMMERMAN, SILVINA, “Sobre el surgimiento de los Derechos Indígenas, las tensiones con el Estado-Nación y la consiguiente necesidad de repensar el diseño de nuestras instituciones”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho, UBA, N° 89, 2011, p. 439.

de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país 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”. De tal modo quedan comprendidas las comunidades indígenas de nuestro país en las previsiones de la normativa citada.

Por su parte, el apartado 2 de ese mismo artículo dispone que la conciencia de su identidad indígena por parte de estos pueblos en países independientes “deberá considerarse un *criterio fundamental* para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (el resaltado no corresponde al original).

En este sentido, el Convenio 169 OIT establece como criterio fundamental la autoidentificación para determinar a quiénes debe considerarse como pueblos indígenas en un determinado Estado independiente.

Como punto final de este periplo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas argentinos, el constituyente de 1994 incorporó las tendencias del nuevo paradigma en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional:

“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 afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Presentada la evolución del nuevo paradigma en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas argentinos –desde sus inicios en el derecho público provincial tras la recuperación de la democracia en el año 1983, su reconocimiento a nivel nacional mediante la Ley 23.302 en el año 1985, reglamentada por el Poder Ejecutivo a través del Decreto 155/89; la incorporación al ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT en 1992 y, finalmente, su reconocimiento en la Ley Suprema de la Nación en 1994– resulta útil analizar algunas disposiciones del ente con competencia máxima en la materia, específicamente en lo que respecta a los mecanismos, herramientas o prácticas utilizadas para la determinación de la calidad jurídica de “comunidad indígena”.

En primer lugar, se analizará la Resolución 328/2010 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, por la cual se crea el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas.

Esa resolución se inscribe, conforme surge de los considerandos del acto resolutivo, “en el marco del federalismo en que un importante número de comunidades han ido generando distintas clases de organizaciones en las provincias en las que habitan que nuclean a un mismo o a distintos pueblos”.

Asimismo, la autoridad de aplicación “en consonancia con el marco jurídico federal ha establecido como criterio fundamental para el registro de la personería de las comunidades la conciencia de la identidad indígena o tribal de sus miembros (Resolución N° 4811/96)”.

El artículo 4 de la norma dispone que “se entenderá como organizaciones de pueblos indígenas a aquellas que ostenten la representación mayoritaria de las comunidades indígenas de un mismo o de distintos pueblos indígenas a nivel provincial, regional o nacional. Las comunidades deberán tener registrada su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas”.

Por su parte, cabe destacar que el artículo 5 de la resolución de marras depende a la articulación federal al disponer la incorporación al Registro Nacional de Comunidades Indígenas a las comunidades que hubieren registrado su personería jurídica en los organismos provinciales competentes en el marco de un convenio celebrado con el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

La norma establece tres categorías de organizaciones: de primer grado, de segundo grado y de tercer grado, según el grado cuantitativo y territorial de representación que posean.

Vinculado al tema bajo estudio, a los fines de proceder a inscribir a los pueblos de segundo y tercer grado, el artículo 10, inciso b) de la resolución establece como uno de los requisitos la presentación de una “reseña histórica del origen étnico-cultural del Pueblo de pertenencia de la Organización, con presentación de la documentación disponible”.

Por otra parte, la autoridad de aplicación nacional en la materia dictó la Resolución 96/2013 por la cual se ordena el Registro Nacional de Comunidades Indígenas de acuerdo a una clasificación binaria:

a) comunidades indígenas que ostentan una posesión comunitaria, o son titulares de una propiedad comunitaria, sobre las tierras que ocupan tradicionalmente en ámbitos rurales.

b) comunidades indígenas cuyas familias se nuclean y organizan a partir de la revalorización de la identidad étnica, cultural e histórica de su pueblo de pertenencia, que ejercen una posesión o propiedad individual o comunitaria de las tierras que ocupan en ámbitos urbanos.

Resultan particularmente relevantes los criterios para la determinación del carácter de comunidades indígenas que surgen de la citada resolución en torno a

los grupos que carecen de la posesión comunitaria de tierras rurales, esto es, las comunidades indígenas del grupo b).

La norma refiere a tres criterios organizadores de la comunidad indígena, como ser la identidad étnica, cultural e histórica del pueblo de pertenencia. En este sentido, y partiendo del supuesto normativo que los reconoce como comunidades indígenas –y que podría surgir del criterio de autorreconocimiento de los pueblos– aparecen además criterios identitarios que arraigan en lo étnico, lo cultural y lo histórico, esto es, elementos ubicados por fuera del ámbito de decisión del propio grupo.

En virtud de ello, cabe destacar cómo esta normativa de reglamentación de los detalles de las normas, ubicada jerárquicamente en un plano inferior, procura, casi de modo necesario, la utilización de criterios objetivos a los fines de la determinación de la condición jurídica de las comunidades indígenas, específicamente cuando se trata de casos de propiedad o posesión individual de las tierras o de propiedad comunitaria en ámbitos urbanos.

Resultan particularmente significativos, a los fines del presente trabajo, algunos de los fundamentos de las resoluciones citadas, los cuales aportan elementos para la comprensión de los criterios determinantes en materia de política indígena y particularmente de su caracterización étnica.

De este modo, en los considerandos de ambas resoluciones analizadas se sostiene que “... en las últimas décadas hemos sido testigos de un proceso de revitalización de la identidad y conciencia indígena, que ha sido acompañado por un reconocimiento jurídico de sus derechos en distintos textos constitucionales y legislativos federales y provinciales”.

A su vez, “... se trata de un proceso ligado al fortalecimiento de las formas de organización y participación de los pueblos y comunidades indígenas, que no es simplemente un resurgimiento de antiguas identidades sojuzgadas, sino más bien la reivindicación histórica de una identidad social y cultural distintiva, a partir de la cual se plantea la necesidad de concretar un proyecto que garantice la consolidación de espacios de reproducción social y política acorde a las aspiraciones y demandas de cada pueblo indígena”.

Por su parte, se hace remisión a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Reglamentario 155/89 relativo a las circunstancias a tener en cuenta para la caracterización de las comunidades indígenas¹⁶.

Finalmente, entre los considerandos de la Resolución del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas 96/13, se recuerda la pauta fijada para la inscripción de las

16 Estos son: a) que tengan identidad étnica; b) que tengan una lengua actual o pretérita autóctona; c) que tengan una cultura y organización social propias; d) que hayan conservado sus tradiciones esenciales; e) que convivan o hayan convivido en un hábitat común; f) que constituyan un núcleo de por lo menos tres familias asentadas o reasentadas, salvo circunstancias de excepción

comunidades indígenas por la Resolución Ex SDS N° 781/95 que creó el Registro Nacional de Comunidades Indígenas; en su artículo 2 como únicos requisitos para dicha inscripción estableció: “nombre y ubicación geográfica de la comunidad; reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico, con presentación de la documentación disponible; descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades; nómina de los integrantes con grado de parentesco; mecanismos de integración y exclusión de sus miembros”.

IV. LAS TENSIONES EN EL FEDERALISMO. EL REGISTRO NACIONAL Y LOS REGISTROS PROVINCIALES DE PUEBLOS INDÍGENAS.

El tema de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias se encuentra regulado en el artículo 121 de la Constitución Nacional¹⁷.

Con carácter previo, es menester recordar las largas luchas y enfrentamientos fratricidas que se desarrollaron a lo largo de buena parte del siglo XIX en nuestro país, en aras de la construcción y consolidación del Estado Nacional. En esa búsqueda de la independencia de España, la Constitución y la organización nacional iniciadas en 1810 y cuyos hitos pueden marcarse en los años 1816 (declaración de la independencia), 1853-1860 (sanción de la Constitución Nacional y cierre de la etapa constituyente con la reforma de 1860) y 1862 (presidencia de MITRE unificados el Estado de Buenos Aires y la Confederación Argentina) y 1880 (federalización de la Ciudad de Buenos Aires y prevalencia de la autoridades nacionales sobre las provinciales) como corolarios de la consolidación nacional, las tensiones antagónicas entre unitarios y federales ocuparon un lugar preponderante.

En atención al objeto del presente trabajo, no corresponde realizar un análisis profundo de esas tensiones ni del surgimiento ni de la evolución histórica del federalismo, pero sí resulta útil señalar que el federalismo no puede ser limitado a sus aspectos jurídicos, entendido como la distribución de poder en un territorio,

autorizadas por el presidente del INAI mediante resolución fundada, previo dictamen del Consejo de Coordinación.

17 Señala con acierto SAGÜES que, si bien en un principio se entendió que las provincias otorgaron competencias suyas a la Nación y que al mismo tiempo se reservaron otras (v. gr. “Blanco”, Fallos: 1:170) y que a su vez la Nación no puede estorbar el ejercicio de aquellas competencias no delegadas (CSJN, “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 239:251), lo cierto es que posteriormente el mismo Tribunal “... ha alertado que del art. 121 no se infiere que las provincias se hayan reservado poderes, sino que la Constitución, como expresión de la voluntad del pueblo de la Nación Argentina, es quien los distribuye, delegándolos en forma definida al Gobierno nacional, mientras que los poderes no delegados los conservan las provincias (CSJN, “Solís”, Fallos: 308:1298)”. En definitiva, quien delimita las competencias Nación-provincias es el constituyente, plasmándolo en la Constitución Nacional. Cfr. SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 37 y ss.

en nuestro caso en los diferentes niveles nacional, provincial, municipal y, tras la reforma constitucional del año 1994, el nivel autónomo de la ciudad de Buenos Aires. Para una mejor comprensión del fenómeno, pero también para una mejor aplicación de las normas y para un mejor diseño de las políticas públicas del caso, es necesario ampliar la mirada por fuera de los aspectos jurídicos.

En este sentido, ZORRAQUÍN BECÚ señaló que “la constitución, además, no es un cuerpo legal surgido *ex abrupto* y que permanece inmutable, sino un producto histórico paulatinamente modificado al funcionar; es una etapa en el desarrollo institucional, no el término necesario de nuestra evolución. Este criterio permite estudiarla en función de la historia (...) Sólo así es posible fijar con precisión los caracteres de nuestro federalismo, que no consiste únicamente en la armazón política accionada por manos distintas, sino en las circunstancias geográficas, económicas y sociales que lo condicionan, lo transforman y hasta lo desnaturalizan”¹⁸.

Estos aspectos geográficos, económicos, sociales referidos, y a los que cabría agregar otros culturales y ambientales, inciden y deben ser tenidos en cuenta, al momento de ejercitar las facultades concurrentes previstas en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, especialmente en lo relativo al reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas argentinos y al reconocimiento de su personería por parte de los registros respectivos.

Ahora bien, dentro del sistema federal de distribución de competencias establecido por la Constitución, surgen las siguientes posibilidades: competencias delegadas a la Nación; competencias propias de las provincias; competencias prohibidas, tanto para la Nación como para las provincias; competencias concurrentes.

Corresponde detenerse en el análisis de esta última categoría por ser la que expresamente prevé el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional.

Se ha dicho que se trata de poderes “realizables tanto por la Nación como por las provincias (p. ej., promover la construcción de ferrocarriles y canales navegables; según los arts. 75 inc. 8 y 125, Const. Nacional) (...) el ejercicio de tales poderes es simultáneo entre la Nación y cada provincia. En caso de conflicto, debe ceder la provincia ante la Nación, pero siempre que se den estos recaudos: una contradicción efectiva e insoluble entre el ejercicio de la autoridad nacional y la local, los fines queridos por la Constitución (CSJN, ‘Leiva’, Fallos 315; 1013), y la presencia de una real finalidad de bienestar general en el desempeño de la autoridad nacional (ver Griet’, Fallos 137:212; ‘Bredeston’, Fallos 302:321). (...) ‘el interés general en juego’ no lleva necesariamente a tener siempre por suprema

18 ZORRAQUÍN BECÚ, *El federalismo argentino*, La Torre de Babel, Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 150.

a la legislación nacional; bien puede ocurrir que dicho interés general aconseje priorizar en ciertos casos la gestión provincial”¹⁹.

A su vez, SAGÜÉS extrajo de la jurisprudencia de la Corte Suprema algunas pautas para la coordinación del accionar nacional y provincial que sintetizó en los siguientes subprincipios:

“a) subprincipio de cooperación: La Constitución se debe interpretar de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y las autoridades provinciales se desenvuelva armónicamente (‘Pucci’, Fallos 293:287), es decir, que ambos poderes ‘actúen para ayudarse y no para destruirse’ (‘Fernández’, Fallos 301:122, voto de MARIO JUSTO LÓPEZ), lo que impone una política de equilibrio.

b) subprincipio de adaptación: los principios federalistas deben ser adecuados a las exigencias de la vida contemporánea (‘Prov. Del Neuquén c/ Hidronor’, Fallos 292/26).

c) subprincipio de prudencia: las competencias locales tienen que ejercitarse con cautela, cuidando de no afectarlas federales, y viceversa (‘Prov. Del Neuquén c/ Hidronor’, Fallos 292/26).

d) subprincipio de lealtad federal: la Nación tiene que practicar con las provincias ‘un federalismo lealmente aplicado’ (‘Flores de Larroca’, Fallos 226:408), que erige vallas a los egoísmos locales, exige que la Nación no privilegie ni postergue a unas provincias en perjuicio o beneficio de otras, y que todos estos centros de poder se comporten de buena fe”²⁰.

En relación con la dinámica del funcionamiento del sistema federal, uno de los aspectos centrales es el carácter autónomo de los entes provinciales²¹ que los torna soberanos en su esfera de actuación.

Este carácter autónomo se hace efectivo en la medida que el Estado Nacional intervenga de un modo subsidiario. Para FRÍAS, “cuando hay una división territorial del poder como en el federalismo, los cuatro verbos del Estado tienen una conjugación particular: coordina sin especulación, controla sin anular, promueve sin marginar, ayuda sin presionar. El gobierno federal es supremo en lo suyo, pero subsidiario en la esfera de reserva de las provincias”²².

La clave para un adecuado funcionamiento del sistema federal, que no puede ser en oposición, lucha o contradicción sino que debe darse en el marco de la concertación Nación-provincias parece provenir del “... *empeño político* para buscar los consensos básicos que permitan perfilar los instrumentos de

19 Cfr. SAGÜÉS, op. cit., p. 39.

20 Cfr. *Ibíd.*, ps. 341 y 42.

21 También, con diferente grado, resultan entes autónomos los municipios y las universidades, entre otros.

22 FRÍAS, PEDRO, *El proceso federal argentino*, p. 264, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/899/15.pdf>

coordinación federal más adecuados en orden a integrar al Gobierno nacional, las provincias, la CABA (también indirectamente a los municipios), y cumplir los postulados de la CN optimizando jurídica y axiológicamente los criterios de reparto de los recursos coparticipables”²³.

En materia de derechos indígenas, las tensiones Nación-provincias han sido permanentes y las búsquedas de consenso bastante pobres. Por caso, desde los primeros movimientos de reconocimiento de derechos indígenas a partir de 1983 que se plasmaran en legislaciones provinciales y que en algunos casos fueron señaladas como inconstitucionales sosteniendo que invadían la esfera exclusiva del Congreso, conforme al entonces artículo 67, inciso 15 de la Constitución Nacional.

Jurisprudencia:

En primer término, resulta útil recordar el fallo “Mendoza, Domingo c/ Provincia de San Luis” (Fallos: 3:131) del año 1865, toda vez que allí el Máximo Tribunal sentó las pautas para determinar cuándo la ley local afecta o interfiere a la ley federal, conforme la distribución de competencias de la Constitución Nacional:

“a) en los casos en que la Constitución, en términos expresos, concediera al Congreso Nacional un exclusivo poder; b) en los que el ejercicio de idénticos poderes hayan sido expresamente prohibidos a las provincias; c) en la hipótesis de que existiese una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas; fuera de estos casos, es incuestionable que las provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso”²⁴.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre la cuestión cultural de los pueblos originarios *in re* “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta-Ministerio de Empleo y la Producción s/ Amparo” (30/09/2008, Fallos: C 2124 XLI), al sostener que “era improcedente el rechazo del amparo que tenía por objeto la defensa de derechos constitucionales lesionados de una comunidad indígena cuando estaba en ello comprometida su identidad cultural, desarrollada en esas tierras que iban a ser enajenadas”²⁵.

En lo que respecta a la cuestión de la identidad de los pueblos indígenas y de su reconocimiento estatal por un lado y de los conflictos que en función de ello pueden generarse en el marco del sistema federal argentino, dos fallos del

23 Cfr. BAZÁN, VÍCTOR, “Una mirada al federalismo argentino: discurso y realidad”, *El Derecho*, Nº 13.305, Buenos Aires, 22 de agosto de 2013, p. 9.

24 Cfr. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, T. II, 4ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 596.

25 Cfr. ABREUT DE BERGHER, LILIANA, “La Propiedad Comunitaria Indígena. Comentario del Anteproyecto de Código”, La Ley, T. C, Buenos Aires, 2012, p. 1243.

Máximo Tribunal –en donde una organización indígena litigó como parte actora demandando al Estado provincial– resultan sumamente ilustrativos.

En el primero de ellos, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén”, de fecha 2 de junio de 2009, la Confederación Indígena del Neuquén demandó a la provincia de Neuquén requiriendo al Tribunal Superior de Justicia provincial que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Provincial 1184/2002.

Dicho decreto era violatorio, al decir de la actora, de diversas normas de la Constitución provincial y nacional. Además, la actora se agravió sosteniendo que la autoridad provincial pretendía reglamentar una norma federal –la Ley 23.302 de Política Indígena– mediante un decreto del Poder Ejecutivo provincial.

El Tribunal local rechazó la acción de inconstitucionalidad intentada, fundado en que el cuestionamiento constitucional de la actora “... se centraba en afirmar que el mencionado decreto regulaba una materia regida por la Constitución Nacional (art. 75.17), de manera que la vía procesal elegida por la actora no era idónea dado que sólo podía ser empleada para invocar violaciones a la Constitución provincial”.

El Máximo Tribunal declaró arbitraria la sentencia del Superior Tribunal de Neuquén, ya que la actora había sostenido que el decreto impugnado violentaba tanto la normativa federal referida como así también la constitución provincial –y por ello resultaba idónea la vía procesal elegida–. En tal virtud, ordenó que sean devueltas las actuaciones a ese Tribunal para que dicte un nuevo fallo con arreglo a lo sostenido por la Corte Federal.

Esa sentencia tuvo un voto en disidencia de ARGIBAY. Resalta en la relación de los hechos el conflicto federal planteado por la actora, quien sostuvo que la competencia para reglamentar la Ley 23.302 es exclusiva del Presidente de la Nación –amén de que esa ley ya se encuentra reglamentada por el Decreto 155/89 del PEN, lo cual fue desarrollado *ut supra*– “... de un modo sustancialmente distinto al que resulta del decreto cuya inconstitucionalidad se solicita (...) desconociendo las personerías otorgadas por la Nación e incluyendo requisitos para obtenerla en la provincia que aparecían como obstáculos y desnaturalizaciones a la ley nacional”.

Luego, y sin perjuicio del acierto o desacierto de la decisión del Tribunal local, ARGIBAY entiende que no existe en esos actuados “causa” o “agravio” en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional. Ello porque “... la acción de inconstitucionalidad promovida por la actora se fundó en el argumento de que el decreto provincial avasalla derechos que los indígenas tienen reconocidos por normas federales, a saber, el art. 75.17 de la Constitución Nacional, la ley 23.302 y el decreto 155/98. Sin embargo, dicho decreto ha sido impugnado en abstracto, es decir, con independencia de su aplicación actual o en ciernes a algún miembro

de la Comunidad Indígena Neuquina que pudiese dar lugar a una afectación en los derechos reconocidos por las normas federales invocadas”.

Esto es, la acción de inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento provincial y que permite cuestionar la validez de normas en abstracto no se extiende al orden federal, toda vez que en ese ordenamiento no está prevista tal modalidad procesal; por el contrario, se requiere la existencia de un agravio concreto.

Cabe señalar, asimismo, que en relación con la posibilidad de reglamentar una ley federal por parte de la autoridad ejecutiva provincial, además de lo expresado por la Corte Suprema, puede efectuarse una sutileza. Sería el caso en que una norma dictada por el Congreso de la Nación es incorporada al ordenamiento provincial, sea adhiriendo a ésta si las características de la ley lo permiten, o sea dictando una ley provincial que sustancialmente refleje los postulados de la ley nacional. En tal caso sí resulta válida la reglamentación por parte del Ejecutivo provincial, porque estaría actuando dentro del marco de competencias previsto por la Constitución provincial, respetuosa de lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Nacional.

Posteriormente al fallo analizado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de intervenir nuevamente en el pleito de ambos contendientes.

Fue en el fallo “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ Inconstitucionalidad” de fecha 10 de diciembre de 2013.

Este fallo presenta dos aristas relevantes en atención al objeto del presente trabajo, las cuales guardan una profunda interrelación entre sí:

- a) las atribuciones concurrentes Nación-provincia en el sistema federal;
- b) las pautas para determinar la identidad de los pueblos indígenas y la consecuente inscripción en los registros correspondientes.

En relación con el ejercicio de las atribuciones concurrentes entre la Nación y las provincias, el constituyente fue suficientemente claro al expresarse de modo positivo en tal sentido en la última parte del artículo 75, inciso 17²⁶.

La cuestión a elucidar radica en el modo en que se ejercen ambas competencias en el caso concreto. Por ello, se trata de evaluar si el ejercicio de las facultades concurrentes que el constituyente otorga a las provincias se extiende a la posibilidad de constituir registros provinciales propios para el reconocimiento

26 Es sumamente esclarecedor de la problemática planteada el siguiente párrafo del considerando 7: “No obstante el modelo federal de distribución territorial del poder –que prevé la existencia de dos esferas de gobierno con poderes de origen disímiles, en tanto uno es originario y conservado mientras que el otro es el resultado de la delegación– presenta desde sus orígenes el problema de la definición de las fronteras de la competencia, el texto constitucional precitado, cuyo alcance e interpretación se cuestionan en autos, no ofrece dudas en cuanto claramente habilita a los estados provinciales a ejercer atribuciones concurrentes con la Nación vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su pertinente inscripción registral”.

de la personería de los pueblos indígenas que habitan en su territorio y, a su vez, qué requisitos podría exigir.

Sobre los límites de las facultades concurrentes, la Corte recurre al tradicional criterio de la prevalencia del Derecho federal en caso de conflicto o contradicción con el Derecho local. En esta línea, incorpora en su argumentación que el Derecho federal constituye una “guía de contenidos mínimos” a ser tenida presente por las provincias; es posible trazar aquí una analogía con el sistema de presupuestos mínimos de protección en materia ambiental, aunque en ese caso no constituyen una guía sino una norma jurídica, esto es, obligatoria e imperativa para las provincias, que sí están facultadas para complementar dichos presupuestos mínimos de modo tal de mejorar o ampliar la protección ambiental, pero nunca legislando por debajo de ese piso o umbral fijado por la Nación.

De este modo, la Corte sostuvo que “tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino”.

Luego en el considerando 8 la Corte recorta el plexo normativo federal que regula la cuestión, el cual fuera desarrollado en el apartado anterior. Este consiste en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT, la Ley 23.302 y su Decreto Reglamentario 155/89, “... bajo la inteligencia que la regulación estadual en materia de derechos indígenas no podrá posicionarse por debajo o en contra de los estándares fijados en el bloque normativo federal en dicha temática”.

Seguidamente, en el considerando 9 contrasta el decreto provincial impugnado con el plexo normativo federal y encuentra tres inconsistencias de la norma provincial.

En primer lugar, que el decreto provincial “no solo no prevé el concepto de ‘auto identificación’ establecido por el art. 20 de la ley nacional 23.302 y por el art. 10 inciso 2 del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado”.

En segundo lugar, la norma provincial contradice al decreto nacional que exige un mínimo de tres familias asentadas al imponer un requisito más gravoso, como ser la presencia de un núcleo de al menos diez familias.

Finalmente, el Decreto provincial 1184/02 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por el Convenio 169 de la OIT.

En su fundamentación, la Corte recurre a la cita de autoridad recordando un dictamen de BIDART CAMPOS sobre la operatividad del Convenio 169 de la OIT, en donde afirmó que “cualquier agrupación, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos”.

En consecuencia, la Corte falló declarando inconstitucional el decreto provincial, “en la medida que no se adecua al ‘umbral mínimo’ establecido en el orden normativo federal, por lo que cabe requerir a la provincia demandada que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en estas actuaciones a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto al asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario”.

V. REFLEXIONES FINALES

La determinación jurídica de las identidades de los pueblos indígenas argentinos en relación con el mandato constitucional del reconocimiento de derechos de estos pueblos es una tarea que compete al Estado en las diversas funciones que ejercen cada uno de sus órganos: en la legislación que crea el Congreso y que define las pautas para su determinación; en el Poder Ejecutivo, en su función de encargado de administrar el registro de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su personería; y en el Poder Judicial, al momento de resolver un caso contencioso donde se hallen controvertidos estos derechos fundamentales.

La cuestión se torna aún más compleja al intervenir otro nivel de gobierno como es el provincial, por expresa habilitación constitucional del ejercicio concurrente entre las provincias y la Nación de las atribuciones previstas en el artículo 75, inciso 17.

De allí que no solo sea necesario establecer a nivel federal los mecanismos, requisitos o criterios que deben cumplirse para poder determinar la identidad indígena de un grupo, sino que a su vez es necesario, si entendemos al federalismo como un sistema de reparto de competencias respetuoso de las autonomía provinciales, concertar dichos mecanismos dentro del esquema federal. Esto implica que, según los casos, podrá haber criterios divergentes entre la autoridad nacional y la provincial.

Por cierto, el fallo de la Corte Suprema “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ Inconstitucionalidad” de fecha 10 de diciembre de 2013 ratifica el carácter concurrente de las atribuciones con el alcance allí dado, es decir, entre otras posibilidades, la de que las provincias creen y

administren sus propios registros de la personería de los pueblos indígenas que habiten en su territorio.

A su vez, la Corte establece que la legislación provincial que se dicte debe respetar las pautas o criterios que emanen de la legislación federal: dicho plexo se compone, dijo la Corte, por la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT, la Ley 23.302 y su Decreto Reglamentario 155/89; a lo que cabe incluir la normativa complementaria –resoluciones de la autoridad de aplicación nacional– la cual aporta requisitos para el reconocimiento de la personería de esas comunidades.

Se trata entonces, en primer lugar, de articular un federalismo de coordinación o concertación en el ejercicio de las competencias concurrentes que poseen la Nación y las provincias para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Pero, superado este obstáculo –tarea no siempre sencilla–, aparece la cuestión que podría denominarse de fondo, esto es, determinar los requisitos que deben cumplimentarse para el reconocimiento de la personería de las comunidades indígenas, lo que implica, como presupuesto necesario, estar frente a una comunidad originaria.

Para ello es necesario recurrir a otras disciplinas distintas al Derecho, como ser la Antropología, la Sociología, la Historia, entre otras, las cuales abordan, no sin dificultad, la cuestión. Una aproximación al vasto tratamiento de la cuestión se ha expuesto *ut supra* en el apartado 2. De allí puede colegirse que, dentro de las dos grandes corrientes existentes para la determinación de los grupos étnicos –esto es, la corriente esencialista y la relativista– actualmente es esta última, bajo la pauta de la autoconciencia o autorreconocimiento de los pueblos, la que prevalece.

Sin embargo, independientemente del aporte de las ciencias sociales, las normas jurídicas son las que guían el accionar de los operadores del Derecho en los diferentes niveles de su intervención (me refiero especialmente a las funciones ejecutiva y judicial).

Al respecto, la Constitución Nacional no aporta pautas o mandatos a tales fines, por lo que es necesario descender a los niveles infraconstitucionales. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT –con rango supralegal– dispone que la conciencia de su identidad indígena por parte de estos pueblos en países independientes “deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Casi como un reflejo de las diferentes posiciones existentes en las ciencias sociales, el Convenio 169 de la OIT fija como criterio principal la autoconciencia de los pueblos, pero no lo hace en forma exclusiva y excluyente de otros criterios posibles para determinar los grupos regulados por la norma.

Continuando con el análisis del plexo federal, la Ley 23.302 dispone que “se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”.

Nuevamente, el criterio es el autorreconocimiento, pero unido al requisito de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional a la llegada de los españoles.

A su vez, el Decreto Reglamentario 155/89 desglosa una serie de circunstancias a tener en cuenta para la caracterización de las comunidades indígenas, entre ellas: que tengan una lengua actual o pretérita autóctona; que tengan una cultura y organización social propias; que hayan conservado sus tradiciones esenciales; que convivan o hayan convivido en un hábitat común.

Claramente se trata de requisitos que pertenecen a la concepción esencialista del concepto de identidad, lo cual, en cada caso concreto, deberá matizarse a los fines de no impedir el reconocimiento de su personería.

Por su parte, la autoridad de aplicación nacional, como no podría ser de otro modo, adopta el criterio de la autoconciencia: “En consonancia con el marco jurídico federal ha establecido como criterio fundamental para el registro de la personería de las comunidades la conciencia de la identidad indígena o tribal de sus miembros (Resolución N° 4811/96)”.

Sin embargo, llegados a este nivel operativo, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, por el cual se crea el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas, incorpora una pauta de raigambre diferente a la de la autoconciencia. En el artículo 10, inciso b) de la Resolución 328/2010 establece como uno de los requisitos la presentación de una “reseña histórica del origen étnico-cultural del Pueblo de pertenencia de la Organización, con presentación de la documentación disponible”.

Efectuada esta reseña normativa, es posible concluir que, si bien la autoconciencia es el criterio fundamental para determinar la identidad étnica de una comunidad –y expresamente así lo dice la norma con jerarquía superior de este conjunto, como ser el Convenio 169 OIT–, el mismo plexo normativo incluye otros criterios y pautas vinculados a la corriente esencialista.

En tal virtud, la regla sentada por la Corte Suprema en “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ Inconstitucionalidad” es, a mi entender, correcta y garantiza el cumplimiento del mandato constitucional para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas argentinos, no lo es tanto –al menos resulta incompleto– lo expresado *obiter dictum*:

“En efecto, existen dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho

actual, en tal caso se identificaran como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual) y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena”.

Ante la dicotomía planteada –criterio objetivo y criterio subjetivo– dado que este último es el que expresamente contempla el Convenio y la ley nacional, podría inferirse que la autoconciencia es el único elemento válido para determinar el origen étnico de una comunidad, ya que los previstos en el Decreto 155/89 o en la normativa complementaria –pautas objetivas– corresponden a una normativa jerárquicamente inferior.

La misma suerte correría la normativa provincial, ya que como correctamente señaló la Corte, ésta debe adecuarse al umbral mínimo sentado por las normas federales, no pudiendo posicionarse por debajo o en contra de los estándares fijados en el bloque normativo federal en materia de derechos indígenas.

Ahora bien, lo que parece vedado es que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Ley 23.302 no impiden ni excluyen la utilización de otros criterios para determinar el origen étnico de una comunidad.

Esto se agudiza aún más cuando el conflicto se plantea entre la Nación y las provincias. En efecto, la autoridad provincial, en líneas generales, se encuentra mejor posicionada que la Nación para intervenir en la materia; ello en razón de la inmediatez, cercanía y conocimiento de la problemática de las comunidades indígenas que habitan en su territorio. En tal sentido, debería evaluarse en cada caso concreto la validez de los criterios adoptados por la autoridad local –especialmente si plantean pautas objetivas– toda vez que el bloque normativo federal no las excluye (y efectivamente las aplica la autoridad nacional en su registro).

Llevado a un extremo –extremo que, por cierto, no pertenece al mundo de la fantasía ni de la mera hipótesis sino que es aceptado por algunos grupos– si se parte de la definición de indígena como originario, todos los hombres somos indígenas, ya que todos somos originarios de algún lugar. Bastaría, en este caso, con la simple invocación o deseo de pertenecer a una comunidad originaria para serlo.

La importancia de estas cuestiones radica en que se trata de la búsqueda de la verdad y del reconocimiento de la identidad de las comunidades originarias, siendo un deber de las autoridades públicas –nacionales y provinciales– evitar la usurpación de dichas identidades.

En algunos casos, pareciera que no hay límites para la creatividad discursiva: “En el arsenal étnico se puede parcialmente olvidar lo que se sabe si los

otros no lo advierten o no les importa. Se puede agregar cosas si no se dispone de conocimientos. (...) Casi todo y cualquier cosa son posibles, en la medida en que las recodificaciones de este tipo no sean obviamente refutables por el saber común y en tanto el adversario no sea demasiado poderoso”²⁷.

La usurpación de la identidad de un pueblo puede darse como vía para el reconocimiento o acceso a derechos de grupos vulnerables, como ser comunidades rurales que requieren atención del Estado, pero que encuentran en la creación de etnicidad una vía plausible para el acceso a la tierra, ello en muchos casos fomentado por organizaciones políticas, sociales o religiosas. Se trataría entonces de un reconocimiento exterior –efectuado por los actores mencionados– que luego podría ser presentado como un autorreconocimiento. Reitero que el fin perseguido puede ser legítimo, pero el medio empleado –usurpar la identidad de un pueblo originario y distorsionar el pasado– no lo es. En tal caso, el control jurisdiccional de los reconocimientos efectuados por el órgano administrador será el último valladar que permita garantizar el derecho a la identidad –y a su no usurpación– de los pueblos indígenas argentinos.

27 ROOSENS, EUGENE, *Creating ethnicity. The process of ethnogenesis*, Sage Pub. California, (traducción al castellano de M. CARRASCO, Universidad de Río Cuarto, citado por GARCÍA, op. cit., p. 93).

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN
AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ
PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO
GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI
ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS
CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA
AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER
LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO
EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN
MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA
LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL
JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA
JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina