

Personería jurídica de las comunidades indígenas

Procesos de consulta

CSJN, "CONFEDERACIÓN INDÍGENA del NEUQUÉN c/ PROVINCIA del NEUQUÉN s/ ACCIÓN de INCONSTITUCIONALIDAD",
10 de DICIEMBRE de 2013

por **SILVINA RAMÍREZ**⁽¹⁾

I | Introducción

Las consecuencias jurídicas del fallo que comentaré a continuación son muy relevantes para las comunidades indígenas. Vale la pena recordar que se trata de un Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la Confederación Mapuche del Neuquén, que se centra en el pedido de inconstitucionalidad del decreto 1184/2002, dictado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Neuquén, que reglamenta la ley nacional 23.302.

Este decreto estipula que es arbitrio del Estado provincial otorgar la personería jurídica, sentando el principio de reconocimiento del Estado sobre el principio de autoidentificación ya incorporado en el Convenio 169 OIT y en la ley nacional 23.302. Pero el decreto impugnado avanza más allá al determinar que aquellos que demandan la personería jurídica deben conformar un núcleo de por lo menos diez familias asentadas (la CSJN recuerda con

(1) Profesora de Derecho Constitucional (UBA). Presidenta de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena. Asesora Académica del CEPPAS / GAJAT.

acierto que el Dr. Germán Bidart Campos afirma 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”).

Por último, y en tercer lugar, la provincia atenta contra la participación de los pueblos indígenas y su derecho a la consulta, tal como lo dispone el Convenio 169 OIT, que prescribe expresamente llevar adelante un proceso de consulta sobre cualquier medida legislativa o administrativa que los afecte directamente.

Como puede apreciarse, el fallo de la Corte es extremadamente claro en los puntos que señala y que no indican otra cosa que la necesidad de realizar un análisis de los derechos de los pueblos indígenas desde su contexto normativo como un todo, incluyendo los estándares internacionales que ya han avanzado en extenso sobre los alcances de los derechos reconocidos y vigentes en Argentina.

2 | La relevancia de los instrumentos jurídicos internacionales y la Constitución Nacional

La adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁽²⁾ por la mayoría de países de América Latina significó un paso de trascendental importancia para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tuvo un fuerte impacto en todo el continente. Luego de su ratificación, los Estados empezaron un proceso de reforma de su normativa interna, y fueron las constituciones⁽³⁾ las que se vieron mayormente afectadas por este Convenio, instrumento jurídico que sigue siendo la herramienta más potente para garantizar los derechos.

(2) El Convenio 169 OIT fue adoptado en Ginebra en 1989, instalando un nuevo paradigma con respecto a su antecesor, el Convenio 107 OIT.

(3) En el así llamado segundo ciclo de reformas constitucionales, que significa un avance en la incorporación de los derechos indígenas a los sistemas jurídicos nacionales. Ver YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, “A los veinte años del Convenio 169 OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en Yrigoyen Fajardo, Raquel (ed.), *Pueblos indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 32.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas⁽⁴⁾ es un paso más en la consolidación del marco normativo que garantiza dichos derechos y también ha significado la profundización del reconocimiento que ya se había formulado en el Convenio y en muchas de las constituciones. Ambos instrumentos normativos transmiten un mensaje de profunda inclusión de los pueblos originarios, y el derecho constitucional no hace sino receptor y traducir este mensaje en normas de reconocimiento que recogen el contenido de la normativa internacional.

Lo que es destacable de todo este proceso es el rol de la comunidad internacional en el reconocimiento. Existe una ida y vuelta entre los avances locales y los internacionales, pero la recepción de derechos específicos en foros internacionales es una caja de resonancia que se transmite al resto de los países. Asimismo, las dificultades de alcanzar consensos también impactan a nivel estatal, pues los acuerdos alcanzados en organismos internacionales definen la agenda pública del resto de los países.

No es menos destacable la participación indígena en estos foros. Principalmente el trabajo realizado por sus referentes en el Foro de Naciones Unidas que dio a luz la Declaración fue primordial para alcanzar legitimidad en el seno de las propias comunidades indígenas. Esta participación también es un signo inequívoco del reconocimiento de los pueblos indígenas como tales.

El reconocimiento de derechos permite abrir la puerta a la posibilidad de construir una relación más simétrica y armónica entre los pueblos indígenas y los Estados, lo que significa admitir los procesos de genocidio que se dieron en todo el continente, incluida Argentina⁽⁵⁾ y, por ende, la necesidad de arbitrar los medios para concretar una reparación histórica. También se presenta como una base sólida sobre la que construir un Estado pluricultural.

(4) Suscripta en septiembre de 2007. Para una discusión sumamente relevante de la vinculatoriedad y fuerza normativa de la Declaración, ver BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL, "Fuerza normativa de la declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos indígenas. Su efectiva internalización en Argentina", en Julio C. García (coord.), *Derecho Constitucional Indígena*, Resistencia, Chaco, Contexto, 2012, pp. 247/251.

(5) Basta mencionar solo como ejemplo y recordatorio para el lector a la "Conquista del desierto", eufemismo que adoptaron para ocultar el aniquilamiento. Una interesante crónica narra parte de la historia hasta la temible campaña iniciada por el General Roca. Ver ZEBALLOS, ESTANISLAO S., *Callvucura Paine Relmu*, Bs. As., El Elefante Blanco, 2001.

Hasta el momento ha sido el punto de partida ineludible para exigir los derechos ya regulados. También el reconocimiento es la justificación adecuada que necesita la existencia de derechos específicos, derechos —bien vale la pena recordarlos— que son tanto colectivos como pertenecientes al universo de los derechos humanos.

El Estado Argentino reformó su Constitución en 1994 e incorporó un artículo (el 75 inc. 17) que transforma claramente la mirada sobre la “cuestión indígena” plasmada en la Constitución original de 1853-1860, la que sin lugar a dudas traducía una postura paternalista, que preveía “la conversión de los indios al catolicismo” y que no admitía paridad de condiciones entre indígenas y no indígenas.⁽⁶⁾

En este artículo, la Constitución Nacional reconoce asimismo la personería jurídica de las comunidades indígenas. Es precisamente este derecho el que se encuentra controvertido en este fallo, fundamentalmente en lo atinente en su regulación y alcance.

3 | El régimen federal en Argentina

Merece un párrafo aparte el sistema federal que rige la República Argentina, producto de su propio nacimiento como Estado. Es así como cada una de las provincias conservan las facultades no delegadas a la Nación, y de ese modo coexisten dos dimensiones de ejercicio del poder: la nacional y las provinciales. Si bien esto no exime al Estado nacional de sus responsabilidades contraídas a nivel internacional, sí es preciso tener presente que las provincias poseen sus propias constituciones y su propia normativa, y que al momento existe una nutrida legislación inferior que atañe a los pueblos indígenas, pero que no avanza más allá de lo que prescribe la Constitución Nacional, el Convenio 169 OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

Con anterioridad a la reforma constitucional, y como producto de la recuperación de la democracia y la revalorización del ejercicio de los derechos luego de una cruenta dictadura militar, por medio de la promulgación de una ley se

(6) Vale la pena mencionar que en 1949 en la República Argentina se dio una reforma constitucional (que luego fue abandonada, retomando la constitución de 1853-1860) durante la presidencia de Juan Domingo Perón, que eliminó el lamentable inciso que hacía mención de la conversión de los indios al catolicismo. Sin embargo, aún no se tomaba nota del “hecho de la diversidad”.

crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).⁽⁷⁾ El INAI se convierte entonces en la instancia del Estado encargada de las políticas sobre pueblos indígenas y en el interlocutor natural de los líderes y representantes indígenas.

En el art. 75 inc. 17 de la Constitución reformada, se habla de "... reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias (...) Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones". Está claro entonces que tanto la esfera nacional como la esfera provincial pueden reglamentar todo lo atinente a la personería jurídica, pero también surge inequívocamente del fallo de la Corte que existe un umbral que no puede ser traspasado, precisamente el establecido por la Constitución Nacional e instrumentos jurídicos internacionales.

Así, en su fallo, la CSJN expresa: "... 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".

Por ello, las facultades concurrentes del art. 75 inc. 17 deben entenderse como competencias suplementarias entre Estado nacional y Estados provinciales, siempre dentro del marco normativo conformado por la Constitución nacional y los instrumentos jurídicos internacionales.

4 | La personería jurídica

A partir del reconocimiento constitucional de 1994, la personería jurídica se ha convertido en un campo de disputa entre los pueblos indígenas y el Estado. La tensión existente entre las demandas de personería de las comunidades indígenas y el Estado se complejizan con la existencia de dos personerías jurídicas diferentes —una en la dimensión nacional y otra en la dimensión provincial— sumado a que actualmente la personería jurídica es central para las comunidades, ya que ella es un requisito ineludible para poder litigar, acceder a algunos beneficios tales como subsidios, etc.

Por ello este fallo es tan significativo, pues proporciona criterios claros alrededor de un tema tan controvertido como la personería y porque clarifica algunos intentos de los Estados provinciales de encorsetar en requerimientos exagerados e inconstitucionales el respeto de este derecho de gozar de personería jurídica.

.....

(7) La ley 23.302 de 1989.

Además de ello, algo notable de este fallo es que despeja una disputa que oscurece la comprensión conceptual del art. 75 inc. 17. La personería jurídica siempre se entendió con carácter declarativo y no constitutivo. En ese sentido, el Estado “registra” lo ya existente, pero de ninguna manera puede avanzar sobre las características que debe poseer una comunidad indígena para ser considerada como tal.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia claramente expresa:

... el decreto 1184/02 expresamente impone recaudos y condiciones que significan una clara restricción y regresión respecto de lo establecido en materia de derechos y política indígenas a nivel federal.

En consecuencia, el decreto impugnado por la Confederación Indígena del Neuquén es inconstitucional 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.

De este considerando claramente se desprenden los criterios a los que debe adecuarse cualquier normativa. El “umbral mínimo” consignado por la Corte establece un estándar indiscutible que no debe ser traspasado.

5 | El principio de la autoidentificación

En el fallo, la Corte distingue los diferentes modos que existen para identificar una comunidad indígena. Vale la pena aclarar que tanto la ley 23.302 como el Convenio 169 de la OIT se refieren al concepto de autoidentificación, que es radicalmente diferente —y en la vereda opuesta— al de identificación por parte del Estado. La Corte afirma:

... 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 identificarán 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.

Sostener el criterio subjetivo tiene consecuencias medulares para las comunidades indígenas. Los Estados no pueden llevar adelante el proceso identificatorio de acuerdo a sus propios parámetros, sino que la conciencia de identidad se vuelve determinante para calificar a una comunidad como indígena. De ese modo se ha querido evitar que a través de alguna interpretación distorsiva los elementos objetivos señalados sean utilizados de modo tal de restringir los derechos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, en la medida en que se impide que el Estado sea el que discrecionalmente decida cuándo conceder "entidad indígena" a una comunidad, se otorga a las comunidades indígenas un estatus que va más allá del Estado; de allí que su carácter pre-existente es una condición necesaria y suficiente para sostener el goce de un conjunto de derechos, expresados en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales.

La autoidentificación está vinculada estrechamente al reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos y como sujetos políticos, y desde esa perspectiva se convierte en un principio vital para su supervivencia como pueblos.

6 | El derecho a la consulta

Por último, el derecho a la consulta vulnerado por el decreto impugnado y destacado por la Corte es el último de los requisitos que incumple la provincia del Neuquén. La consulta y participación son definidos por la OIT como "la piedra angular" del Convenio,⁽⁸⁾ porque introduce una obligación estatal de profundas consecuencias para los pueblos indígenas, ya que los reconoce como sujetos colectivos de derecho público interno cuya voluntad debe considerar e incorporar. Además, esta garantía de

(8) Observación general sobre el Convenio 169 OIT, 2009.

participación es específica de los pueblos indígenas y su interpretación y alcance no puede reducirse al mero derecho de participación política ya reconocida a todos los ciudadanos en los convenios y pactos internacionales. Lo que se formula es el derecho a la participación colectiva como pueblos⁽⁹⁾ al que se le suman los derechos políticos reconocidos para cada uno de sus integrantes, en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos.

Con la instrumentación del derecho a la consulta, sin lugar a dudas se alcanzaría una nueva organización política, dado que sería una señal muy relevante de "tomarse en serio" a los pueblos indígenas, habilitando las vías para que puedan hacer conocer su opinión cuando las decisiones que se toman los afectan directamente. Este sería un nuevo camino en una necesaria redistribución del poder.

Se señalan cuatro tipos de derechos dentro de la relación entre Estados y pueblos indígenas, tomando en cuenta el desarrollo, hasta el presente, del derecho internacional y constitucional, que reconoce indubitablemente los derechos colectivos de los pueblos indígenas como derechos humanos fundamentales.

Así, el primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo. Los demás derechos están referidos a formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas: participación en todo el ciclo de las políticas, consulta previa a medidas legislativas o administrativas, consentimiento previo, libre e informado en casos específicos donde se pone en riesgo la integridad.⁽¹⁰⁾

Es por ello que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, guía interpretativa de los derechos de dichos pueblos ya establecidos en el derecho internacional, prevé:

Art. 5°. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a parti-

.....

(9) Ver GOMIZ, MICAELA y SALGADO, JUAN MANUEL, *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Bs. As., ODHPI, IWGIA, 2010.

(10) YRIGROYEN FAJARDO, RAQUEL, "De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento", en *El Derecho a la Consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los Pueblos indígenas*, Bogotá, Instituto Latinoamericana de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2009.

cipar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

... Art. 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

... Art. 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Estas disposiciones deben vincularse necesariamente, en Argentina, al art. 75 inc. 17 de la Constitución, dado que asegura a los Pueblos indígenas **su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que les afecten, lo que fortalece aún más este derecho.**

Ha sido entendido que el derecho a la consulta tiene una doble faz: sustantiva y procedimental. Así, es un derecho que está estrechamente vinculado a la libre determinación de los pueblos⁽¹¹⁾ y que establece relaciones de igualdad promoviendo un diálogo intercultural. Por otra parte, es procedimental dado que tiende a la consecución de otros derechos sustantivos también reconocidos normativamente.

La interpretación del derecho a la consulta y a la participación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido determinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que arroja luz sobre algunos contenidos centrales a la hora de garantizar el ejercicio de estos derechos. Principalmente, en lo referido a los casos de consentimiento, lo que será abordado en el capítulo correspondiente.

Asimismo, es destacable el informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 2011, órgano supervisor del Pacto

.....

(11) Art. 1° común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados con jerarquía constitucional.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entre sus principales preocupaciones y recomendaciones al Estado argentino sobresale:

El Comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados, o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento previo, libre e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la Constitución (art. 75) y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

A su vez la Corte, en el fallo en consideración, destaca:

Por último el decreto 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 Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual en su art. 6° expresa que: “los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Sin lugar a dudas, se coloca en el centro de la escena este derecho —junto con los derechos territoriales son los más discutidos en América Latina— para remarcar su importancia y para obligar a los Estados a respetarlo. Lamentablemente, en la actualidad el derecho a la consulta es recurrentemente vulnerado, no solo por los Estados provinciales sino también por el Estado nacional. Por ello, son aún más destacables fallos de la última instancia judicial del país que lo reconocen sin ambages.

7 | Epílogo

La Constitución Argentina en la Reforma de 1994 introduce una cláusula específica (art. 75 inc. 17) que reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas. Este artículo incorpora un conjunto de derechos colectivos (derechos territoriales, derecho a la educación bilingüe e intercultural, personería jurídica, etc.) que establecen una condición jurídica particular para estos

pueblos: su existencia como sujetos políticos y como sujetos colectivos. Por otra parte, en el año 2000 Argentina ratifica el Convenio 169 de la OIT, el que adquiere jerarquía *supra* legal. En 2007 suscribe la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, la que junto con otros instrumentos internacionales (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación Racial), que integran el bloque de constitucionalidad, conforman un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales muy consistentes en la regulación de los derechos indígenas.

Si bien hoy Argentina se define como multicultural, no existe desde la mirada jurídica claridad sobre lo que ello significa para debates clásicos alrededor del Estado, del sistema de gobierno, para el federalismo, etc.

Esta falta de claridad, otra vez, tiene una incidencia enorme en el debate jurídico. Se discute, en el mejor de los casos, alrededor de herramientas que no son las adecuadas para enfrentar las nuevas complejidades que presentan los Estados contemporáneos.

El discurso de la igualdad, en la actualidad, vuelve a tomar fuerza pero desde un plano eminentemente formal. Se proclama el reconocimiento de derechos, se destaca su relevancia a nivel constitucional, se enfatiza la apertura del Estado ante aquellos sujetos postergados, pero no logra conformarse una práctica que geste una igualdad real, en donde los pueblos indígenas se sientan respetados.

Por ello son relevantes y merecen ser destacados fallos como el que comento en este artículo, pues la tarea jurisprudencial es central para contribuir a la transformación estatal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene aún mucha tarea pendiente, pero esta decisión judicial demuestra que es posible sentar criterios que contribuyan con estos cambios.
