

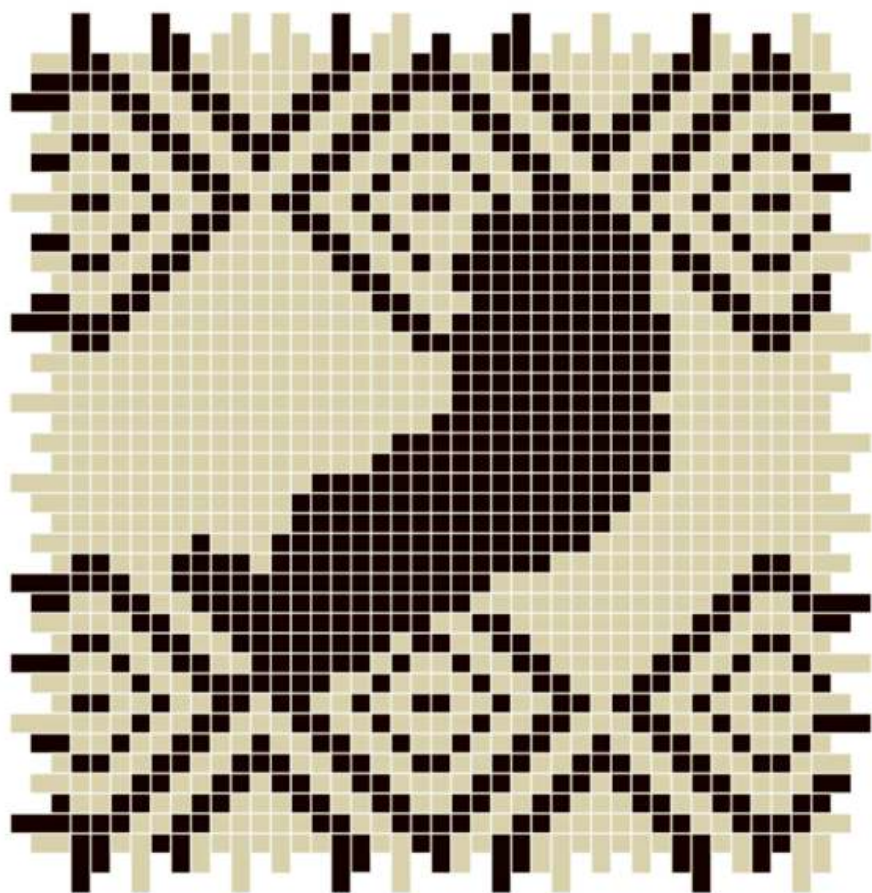
---

# PROPIEDAD INDÍGENA

Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

---

Dr. Juan Manuel Lezcano





Juan Manuel Lezcano

# **Propiedad Indígena**

Su caracterización desde el caso  
de la Provincia de Misiones



Lezcano, Juan Manuel  
Propiedad Indígena. Su caracterización  
desde el caso de la Provincia de Misio-  
nes. 1ª Edición.  
106 págs. 14,8 x 21 cm.

Hecho el depósito que marca la Ley 11723

ISBN: 978-987-25444-3-0

Diseño de Portada: .....

Impreso en ..... Argentina

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

*A mi esposa, a nuestro hijo,  
a mis padres, a mi hermana, a Luna  
y a mis suegros que siempre están.*

*Juan Manuel Lezcano*

<b>Capítulo I:</b> Introducción	11
<b>Capítulo II:</b> Organización territorial desde la problemática de la propiedad comunitaria indígena en la Provincia de Misiones	21
<b>Capítulo III:</b> Análisis de la evolución del concepto de Propiedad Comunitaria Indígena	37
<b>Capítulo IV:</b> El principio jurídico de igualdad y el derecho fundamental de diversidad cultural	43
<b>Capítulo V:</b> La propiedad comunitaria indígena en el nuevo proyecto de código y unificado: caracteres y límites	63
<b>Apéndice de Jurisprudencia</b>	69
<b>Apéndice de legislación provincial</b>	85
<b>Bibliografía</b>	92

# Presentación

En este trabajo nos proponemos realizar un humilde aporte acerca de la realidad jurídica misionera en lo atinente a la propiedad comunitaria indígena. Como docente e investigador sentimos el imperativo de producir, en el ámbito jurídico, material de estudio que refleje la legislación misionera, atento a la escasez de bibliografía jurídica que analice el ordenamiento jurídico local en forma sistemática con la normativa nacional.

Encontrar bibliografía de la normativa nacional es relativamente sencillo, pero como vivimos en un estado federal también tenemos normas locales cuyo estudio es relevante para que el alumno y el joven profesional puedan luego tener una visión integradora del fenómeno jurídico.

Esperamos colaborar en ese estudio, viendo en muchos pasajes de la obra cuestiones prácticas, sin pretender agotar cada uno de los temas propuestos.

# Capítulo I

## Introducción

El reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en la reforma constitucional de 1994 plantea cómo una instancia pública y política puede reconfigurar el concepto de igualdad en el marco de nuestra vida democrática, incorporando las particularidades históricas y culturales de las comunidades de los pueblos originarios<sup>1</sup>.

Siguiendo a Cianciardo podemos identificar etapas en el ámbito constitucional argentino previas a la reforma antes mencionada:

*“Hispanoamérica ha sido el lugar en el que se desarrolló uno de los encuentros culturales más relevantes de la historia. La cultura europea -en su mayoría española y portuguesa- se topó al llegar a América con un conjunto de culturas ya existentes en el lugar, que tenían un desarrollo dispar, a las que de modo genérico pueden denominarse ‘culturas indígenas’. El encuentro fue a la vez trágico y fructífero. Fue trágico en lo que tuvo de choque, porque se cometieron gravísimas violaciones de derechos humanos. Pero también fue fructífero porque no sólo hubo un choque, sino que, de modo paralelo, se desarrolló un encuentro intercultural del que surgió una identidad nueva, enriquecida con los aportes de las distintas identidades que se fundieron entre sí. En mi opinión, el debate entre multiculturalismo y universalismo de derechos que se produce actualmente en Europa y el movimiento hacia un reconocimiento pleno de los derechos de los indígenas, que se ha verificado en los últimos años en Hispanoamérica, son procesos que tienen un cierto paralelismo, y la profundización en el análisis de esos vínculos puede redundar en un enriquecimiento mutuo.*

*“De allí que convenga -aunque no sea indispensable- leerlo junto con otros trabajos que he tenido la oportunidad de escribir sobre el debate mencionado en primer término. Además de lo dicho, en este artículo se pretende poner de manifiesto la evolución que ha experimentado el reconocimiento de los derechos de los indígenas en un país americano concreto, Argentina; y señalar algunos de los problemas que dicho reconocimiento ha provocado en dicho país, junto con apuntes que quizás contribuyan a su solución. La selección del sistema argentino ofrece como ventaja el hecho de que las sentencias son escasas y por eso es relativamente sencillo alcanzar una mirada global. No se debe perder de vista, no obstante, que sólo algunos aspectos de la problemática argentina son trasladables a la que se vive respecto de estos temas en otros países de la región, si bien*

---

1- Es oportuno recordar que en la Constitución de 1949 se eliminó la segunda parte del artículo 67 inciso 15, “quedando sólo la obligación del Congreso de proveer a la seguridad de las fronteras”. Se sostuvo que esa segunda parte, en especial la mención al “trato pacífico con los indios”, resultaba anacrónica, “por cuanto no se pueden establecer distinciones raciales, ni de ninguna clase entre los habitantes del país”.

“Abrogada” la Constitución de 1949, y restaurada la de 1853/60, en la Convención Nacional Constituyente de 1957, los convencionales propusieron la reforma del artículo 67 inciso 15, fundamentando la propuesta en que se trataba de una norma “contraria a los derechos humanos”.



*hay razones para pensar que se trata de los aspectos centrales”<sup>2</sup>.*

Argentina ha pasado de la negación normativa, doctrinal y jurisprudencial de los derechos de los indígenas a su progresiva recepción. Pueden distinguirse, en ese proceso, una serie de etapas más o menos nítidas, para cuyo análisis seguiré de cerca, según convenga al objeto planteado, un trabajo del profesor Juan Travieso.

La primera etapa tiene su expresión más importante en la primera redacción de la Constitución Argentina (el modelo 1853/60). Entre las atribuciones del Congreso se establecía: “Art. 67, inc. 15. Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

La redacción que finalmente se aprobó fue la propuesta por el convencional Gorostiaga, que dio lugar a debate puesto que se discutió la consistencia de las distintas partes del artículo. En el contexto que rodeó al dictado de la norma transcrita, podía no parecer sencillo de manera simultánea proveer a la seguridad de las fronteras y a la vez “conservar el trato pacífico con los indios” y “promover su conversión al catolicismo”. No obstante, “algunos convencionales consideraron que no había contradicción alguna en la norma pues el Congreso ‘tenía en sus manos’ el recurso de la guerra cuando se tratase de garantizar la frontera de los ataques de esos mismos bárbaros”.

Durante esta extensa etapa el tratamiento jurídico de los pueblos originarios tuvo por finalidad el logro de estándares de seguridad interna por parte del Estado y de las provincias. No se le dio relieve alguno a las reivindicaciones indígenas, ni se les reconocieron derechos. Incluso más: “las alternativas para los indios eran la asimilación o el exterminio”<sup>3</sup>. Esto es lo que trasuntan los discursos políticos de entonces.

Cuando se discutió la Ley 215 de 1867 sobre seguridad interna, el diputado Oroño expresó con una claridad lapidaria que exige de comentarios:

*“¿De qué servirían las leyes que el Congreso dictara sobre otras materias si la vida y propiedad de los ciudadanos habría de estar a merced de los bárbaros? ¿Qué progreso hay posible en un país donde la fortuna de los hombres, donde el fruto de los desvelos del rico propietario, como del pobre jornalero, están expuestos a la rapacidad de los salvajes? La experiencia nos ha mostrado por más de cincuenta años que todo cuanto podamos hacer para completar la organización de este país es insuficiente mientras no se asegure la frontera y con ella la propiedad de sus habitantes”.*

El texto de la ley mencionada, por otro lado, es también muy claro. Se trataba de “dominar los territorios que se encuentran en manos de los salvajes”, otorgando a algunos grupos territorios que luego se delimitarían y arrojando a otros, puesto que “no merecen consideración alguna”.

Estamos en una etapa en la que los indígenas no eran reconocidos como personas con derecho a un igual tratamiento que el resto. Eran “salvajes” a los que se debía combatir. Terminada la etapa anterior comienza otra que consiste en cómo incorporar efectivamente

2- Cianciardo, Juan, “Universalidad, multiculturalismo y derechos de los pueblos originarios. Una aproximación desde el caso argentino”. Chía, Colombia - Diciembre 2009. En *Dikaion*, Año 23 - Núm. 18 - 205-246.

3- Paulina Chiacchiera Castro lo expresa así: “La República Argentina ha sido un estado pluriétnico y multicultural desde su nacimiento. Sin embargo, tal realidad no fue reconocida constitucionalmente por más de un siglo por cuanto se creía que se trataba de una situación ‘temporal’, que debía ser ‘superada’ para lograr la tan ansiada homogeneidad de la sociedad estatal”. [“La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, *Sup. Const.* 2008 (septiembre), 1-La Ley 2008-E, 1073].

a los indios a la “sociedad civilizada”.

Al respecto, Francisco Ortiz, ministro de Relaciones Exteriores, se expresaba de la siguiente forma:

*“Este es el problema a resolver: si rechazamos a esos indios, si los asesinamos, si los mantenemos en guerra perpetua o si se hacen los sacrificios necesarios para amansarlos, domesticarlos, civilizarlos gradualmente [...] haciendo de ellos hombres útiles en lugar de ladrones, de salteadores, de asesinos”.*

La conclusión del ministro fue:

*“Algo tenemos que hacer a favor de esta raza desheredada, que nosotros mismos hemos arrojado fuera del territorio que antes ocupaban”. No faltaron, en línea con esta concepción, discusiones de los legisladores de entonces en torno a si valía la pena o no incorporarlos al ejército. Quienes pensaban que sí, pretendían ‘enseñarles a leer y a escribir [...], darles las primeras nociones de una patria que jamás habían conocido’, mientras que quienes se negaban alegaban que ‘si el ejército es el guardián de la Constitución y de las leyes [...] no se podían poner ‘las armas de la Nación precisamente en manos de los salvajes’”.*

Estos documentos manifiestan que fue ganando progresivamente espacio una tolerancia asimilacionista. Si bien se dejó de lado la alternativa del exterminio, no se contemplaron los derechos indígenas y se pretendió en todo momento la asimilación de las culturas de los pueblos originarios al modelo central. La tercera etapa tiene consagración constitucional en Argentina en el nuevo artículo 75 inciso 17, que reemplaza al antiguo artículo 67 inciso 15. En el nuevo texto se establecen entre las competencias del 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, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. “Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”<sup>4</sup>.*

Lo anterior nos lleva a pensar en una distribución de los bienes fundamentales condicionados por el significado e interpretación que las comunidades les otorgan. Requiere un mutuo reconocimiento de la diferencia, a partir del cual, distintas identidades debieran tener el mismo valor. Asimismo, se necesita compartir normas, valores y principios, mediante los cuales estas identidades y ciudadanos se manifiestan implícita o explícitamente como iguales<sup>5</sup>.

En el marco de lo expuesto, nos preguntamos si los grupos más desfavorecidos, en este caso específico los pueblos originarios, obtienen de los tribunales la aplicación de criterios de multiculturalidad en la resolución de sus conflictos. Paralelamente, nos planteamos cuál es la eficacia de la respuesta por parte de dichos tribunales. La respuesta a ambas cuestiones -accesibilidad y multiculturalismo- permitiría encontrar las claves del

4- Ídem p.14.

5- Kymlicka, Will. “El nuevo debate sobre los derechos de las minorías”, en Ferran Requejo. “Democracia y Pluralismo Nacional”, pp.25-48. Ed. Ariel. Barcelona, 2002.

funcionamiento de la Justicia para el caso que nos ocupa: el de los pueblos originarios de la provincia de Misiones.

La problemática que motiva nuestro trabajo es compleja y esencialmente interdisciplinaria puesto que involucra no sólo una perspectiva normativa o jurídica, sino también una visión antropológica, sociológica, política y filosófica, como marco imprescindible para la comprensión de los fenómenos que constituyen el objeto de nuestra investigación. En este contexto, tendremos en cuenta los aportes de otras disciplinas sociales, pero centraremos nuestro abordaje desde la ciencia del derecho con un enfoque desde los derechos humanos fundamentales.

*“En la discusión acerca de la fundamentación de los derechos humanos tenemos que ocuparnos de una alternativa que parece insuperable. Para unos, los derechos humanos son entendidos como una reivindicación que corresponde a cada hombre en razón de su ser, de su pertenencia a la especie homo sapiens, es decir, de una determinada actualización de características propias a partir de su naturaleza. Para otros, los derechos humanos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, con lo cual depende del arbitrio del creador de tal sistema de derecho en qué consistan estos derechos, y cómo se delimite el ámbito de las reivindicaciones legítimas, es decir, quién es hombre en el sentido de la ley y quién no. Los representantes de la primera posición -esto es, del ‘derecho natural’- pueden hacer valer que la idea de derechos humanos se diferencie de la idea de derecho positivo precisamente porque determinaría aquel mínimo que es sustraído de la arbitrariedad de un poder legislador. Sin esta prepositividad no tendría sentido hablar de derechos humanos, porque un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derecho. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables”<sup>6</sup>.*

A los efectos de la construcción del marco teórico, recorreremos diversas corrientes de pensamiento. En el marco de la Teoría General del Derecho, las posiciones positivistas y neopositivistas, el conflictivismo y las diferentes versiones iusnaturalistas constituyen las herramientas gnoseológicas necesarias para obtener una mirada integral del objeto estudiado. Entre las mismas, la perspectiva del realismo y del neoconstitucionalismo jurídico, así como la Teoría Trialista del Derecho, constituyen fuentes indispensables para el planteo de nuestro objeto de estudio.

El trialismo y sus modificaciones se han explicitado particularmente en la obra de Goldschmidt, *“Introducción Filosófica al Derecho”* (1987), en la que ha construido una compleja teoría para caracterizar los fenómenos del Mundo Jurídico<sup>7</sup>. No obstante, el trialismo también se relaciona con otras posturas tales como el realismo genético y la teoría objetiva de los valores, que tiene como fuente los aportes de la escuela de la libre investigación científica del Derecho de Gény, entre otros. Del mismo modo, se destacan los aportes de Lask y Kantorowicz, que reconocieron tres elementos en el fenómeno jurídico:

---

6- Spaemann, Robert. “Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología”, Rialp, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, pp. 89-123, Madrid, 1989.

7- El Mundo Jurídico se integra por la dimensión sociológica, la captación lógica y neutral en una norma (dimensión normológica) y, finalmente, la valoración de ambos desde el punto de vista de la Justicia, como valor superior dentro del plexo axiológico y al que debe tender todo orden jurídico (dimensión dikelógica).

la dimensión sociológica, la dimensión normológica y la dimensión dikelógica. Finalmente, las influencias metodológicas de la escuela neokantiana de Baden y de la filosofía de los valores de Windelband y Rickert<sup>8</sup>.

Desde nuestra perspectiva, lo más destacado de este enfoque radica en la estructuración de cada una de las dimensiones señaladas, en la forma de conexión entre ellas y en el establecimiento de una interdependencia conceptual en cada paso. El nexos fundamental es la conexión entre la dimensión sociológica y dikelógica, las cuales creemos indispensables a la hora de identificar la problemática del acceso a la justicia de los pueblos originarios. Así, para poder definir cómo es el acceso a la justicia de estos pueblos y la tutela de sus derechos a partir de criterios jurídicos multiculturales (dimensión sociológica), debemos recurrir al criterio valorativo para realizar un análisis integral. En este sentido, ingresa a la órbita del Derecho todo acto que demande una intervención judicial. Luego, estos actos serán captados o no por normas (dimensión normológica) y, finalmente, actos y normas serán valorados (dimensión dikelógica) como justos o injustos. Para este enfoque, la dimensión sociológica existe en función de la axiológica. Éste constituye el principal hallazgo de Ciuro Caldani<sup>9</sup>, quien, de este modo, incorpora una perspectiva constructivista.

En suma, el trialismo jurídico en sus diferentes versiones posibilita una mirada integral del fenómeno jurídico.

Por su parte, las propuestas liberales tales como el iusnaturalismo realista, entienden que *“toda expresión o manifestación de la naturaleza humana reviste carácter cultural, con su necesario particularismo e historicidad; pero a la inversa es también evidente que no hay expresión cultural que no tenga inexorablemente un fundamento natural; de este modo, si se toma como ejemplo la actividad humana alimenticia, se ve claramente que ella reviste una notable variabilidad de modalidades a través de los tiempos y de los pueblos pero, al mismo tiempo, tiene un fundamento innegable en la necesidad humana de alimentarse. Además, las mismas modalidades culturales de la alimentación tienen ciertos límites naturales que no pueden transgredir sin consecuencias negativas para la salud y la vida humana. Por supuesto que algo similar ocurre con toda la dimensión ética y jurídica de la existencia humana”*<sup>10</sup>.

Otra línea de argumentación es la que sustentan las posturas de Seyla Benhabib<sup>11</sup> y Nancy Fraser<sup>12</sup>, que resultan útiles para el abordaje de temas como ciudadanía, multiculturalismo y acceso a derechos. La primera ha reflexionado en torno al interrogante de “cómo puede realizarse de la mejor manera la democracia liberal, en un mundo plagado de conflictos de nuevas formas de identidad y de la intensificación de los conflictos sobre la cultura”. Por su parte, Fraser aporta una resignificación del debate sobre las demandas

8- Sobre la filosofía de los valores, se puede ver la obra de Torres Martínez, Carlos, “La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

9- Sobre sus aportes se pueden ver algunas de sus principales obras: “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”. Rosario, 1982. “La Filosofía del Derecho en el Mercosur - Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”. Buenos Aires, 1997. “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”. Rosario, 1976, entre otras.

10- Massini Correas, Carlos I. “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”. Editora Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. En Persona y Derecho. Nº 48, 2003. p.72.

11- Sobre el aporte de esta autora ver sus principales obras “The Rights of Others”. Cambridge University Press, 2004. “The Reluctant Modernism of Hannah Arendt”. Rowan Littlefield, 2003. “The Claims of Culture”. Princeton University Press, 2002. “Democracy and Difference”, Princeton University Press, 1996, entre otras.

12- Sobre el aporte de esta autora ver sus principales obras “Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory”. University of Minnesota Press and Polity Press, 1989. “Justice Interruptus: Critical Reflections on the ‘Postsocialist’ Condition”, Routledge, 1997. “Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange”, London, 2003, entre otras.

de redistribución y de reconocimiento de los grupos sociales. Para la autora, éstas dejaron de tener sentido; puesto que los fenómenos de subordinación implican, en la mayoría de los casos, tanto una mala distribución de recursos como una falta de reconocimiento de identidad. De este modo, las injusticias se encuentran “arraigadas al mismo tiempo en la estructura económica y en el orden de estatus de la sociedad, es decir que la subordinación es resultado de la interacción entre la deficiente realidad económica, por un lado, y la simbólica por el otro”<sup>13</sup>.

Finalmente, consideraremos las propuestas teóricas de Will Kymlicka y John Rawls<sup>14</sup> acerca de la integración multicultural en el marco del Estado moderno. Estos autores proponen un Estado multicultural, caracterizado por tres factores: a) pertenecer a todos los ciudadanos y no a un grupo dominante nacional; b) presencia de políticas de reconocimiento y adecuación que reemplacen a las asimilacionistas y c) reconocimiento de las injusticias históricas.

Si bien las posturas de Rawls y Kymlicka están unidas por un punto de enlace, su corte liberal, sus propuestas se distancian tanto por su origen y estructuras conceptuales como por la solución que proponen a los conflictos sobre el multiculturalismo. Así, mientras Rawls plantea la posibilidad de un consenso entrecruzado como sustento de las sociedades democráticas modernas, Kymlicka hace alusión a la necesidad de derechos especiales, expresamente formulados, que deben ser la base de la coexistencia de las etnias y las culturas. Desde nuestra perspectiva, la base teórica del consenso rawlsiano quizás pueda dar complementariedad a la teoría general de los derechos humanos que busca Kymlicka. Los diferentes ámbitos de la realidad social que presentan estas teorías se pueden englobar bajo el título de “multiculturalismo y derechos”, aplicables tanto al fenómeno nacional como internacional.

Desde la consideración específica de cada uno de los autores, la propuesta de John Rawls surge de una construcción teórica compleja que tiene sus orígenes en una perspectiva de carácter constructivista y retoma la idea de contrato social, elevándola a un mayor grado de abstracción en la situación hipotética de la posición original kantiana. Para llevar a cabo el proceso de construcción utiliza las concepciones de persona y sociedad bien ordenada, que desempeñan un papel central dentro de su teoría de la justicia<sup>15</sup> en tanto factores de equilibrio del sistema.

El liberalismo político de Rawls<sup>16</sup>, en especial su concepto de justicia distributiva, tiene como punto de partida el hecho de la existencia de múltiples concepciones sobre bienes presentes en las actuales sociedades democráticas. Asimismo, se sostiene en la idea de una cultura societal que abarca tanto el ámbito público como el privado en toda la gama de prácticas e instituciones. De este modo: “*Es una cultura que proporciona a sus miem-*

---

13- Fraser, Nancy -Honneth, Axel. “¿Redistribución o reconocimiento?”. Editorial Morata, Madrid, 2006. p.28.

14- El liberalismo político de Rawls parte del hecho de la existencia de múltiples concepciones de bien presentes en las doctrinas razonables comprensivas que conviven en las sociedades democráticas modernas, las que son, en la medida de su razonabilidad, compatibles con la plena racionalidad de la persona humana tal como ésta ha sido definida políticamente desde sus dos conocidas facultades morales: su capacidad para un sentido de la justicia y para una concepción del bien. La primera como la capacidad para formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien y la segunda de entender, aplicar y actuar a partir de una concepción pública de la justicia que caracteriza los términos justos de cooperación.

15- Rawls, John. “Teoría de la Justicia”. México, FCE, 1997.

16- Cfr. Rawls, John. “Justice as fairness”. A la versión española, por la que citamos (“Justicia distributiva” en Rawls, J. “Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia”), se le ha añadido la mayor parte de “Distributive Justice: Some addenda” en *Natural Law Forum*, 13, 1968.

*bros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente, y se basan en una lengua compartida*<sup>17</sup>.

La perspectiva de Rawls, que se encuadra dentro de la teoría pluralista, convive con objeciones que enriquecen el debate y que contribuyen a vislumbrar posibles salidas a situaciones concretas como el acceso a la justicia, *“la concepción política de justicia debe admitir como igualmente racionales y razonables todas las concepciones que se muevan en el escenario político, moral y religioso de una sociedad que ha de considerarse democrática y moderna*”<sup>18</sup>.

Cabe recordar que la idea básica del Liberalismo Político es la de conseguir un Consenso Entrecruzado de doctrinas razonables. Simpatiza, asimismo, por el desarrollo de una concepción política de la justicia, que de ser analizada detalladamente no es nada distinto a una concepción moral y que, al estar sustentada sobre bases morales, toma en cuenta las concepciones de la sociedad y los ciudadanos, reafirmando así los principios de la razón pública<sup>19</sup>.

Es significativo el énfasis inquebrantable que hace Rawls con el fin de aclarar que la idea del Consenso Entrecruzado ha de tomarse como una enfoque de política de corte liberal<sup>20</sup> que, si bien pretende ganar el apoyo de los ciudadanos, da cabida a las diversas doctrinas comprensivas que pueden hallarse en conflicto. Como resultado de lo anterior, Rawls plantea que *“la estabilidad no puede ser el resultado de imponer la concepción política de la justicia a quienes no la comparten o se rehúsan a actuar conforme a ella*”<sup>21</sup>.

Terminando con Rawls, vale decir que el Overlapping Consensus o Consenso Entrecruzado, planteado por él, se fundamenta en lo que se llama Concepción Política de la Justicia, que parte de la necesidad de establecer una sociedad en la que se dé cabida a doctrinas de diversa índole pero en la que, pese a tal pluralidad, todos sus miembros estén en la búsqueda de fines comunes.

Por su parte, Kymlicka sustenta su pensamiento en la idea de los *derechos diferenciados*, los cuales -desde una concepción basada exclusivamente en los derechos humanos- se hallan en oposición a los principios liberales de libertad e igualdad. El concepto de derechos diferenciados conjuga los principios de libertad e igualdad con los de cultura y justicia social. Así, permite establecer la diferencia entre dos clases de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional puede realizar: de un grupo contra sus propios miembros, y de un grupo contra la sociedad en la que está inmerso, denominadas -respectivamente- *“restricciones internas”* y *“protecciones externas”*. En suma, su tesis consiste en que si bien los liberales conceden prioridad a los derechos individuales, los derechos de las mi-

17- Rawls, John. Ídem p.112.

18- Carvajal Correa, Carlos Alberto. “El Overlapping Consensus de John Rawls”. Revista de Ciencias Humanas, Vol. 4, No. 13, Página 12-18, Septiembre de 1.997.

19- El consenso entrecruzado lleva a la estabilidad en tanto y en cuanto las perspectivas que lo conforman no se aíslan por ganar o perder poder político. Al hablar del Consenso Entrecruzado, hay que remarcar que con él no se quiere imponer un ideal de principios, sino que se genera la posibilidad de dar cabida a un pluralismo razonable pero el cual se sustente en una concepción política de la justicia.

20- Con él, tampoco se pretende establecer un consenso en cuanto a las autoridades o principios que han de regir. En tal sentido, cabe destacar que sólo una concepción política de justicia puede servir de base a la razón pública ya que en ella los principios y valores políticos constitucionales son de tal amplitud que permiten integrar y superar los valores que entran en conflicto.

21 Ídem.

norías “no sólo son consistentes con la libertad individual, sino que en realidad pueden fomentarla”<sup>22</sup>.

De esta forma Kymlicka fundamenta la posibilidad de la sociedad multicultural en la base de la conexión existente entre los principios de libertad e igualdad con los conceptos y principios de cultura y justicia social. Este aumento de la libertad individual es posible dado que la libertad depende de la cultura. Para comprender esta aplicación que hace Kymlicka es preciso recurrir al concepto de “cultura societal”, un concepto que en sus rasgos generales no es incompatible con la idea de sociedad democrática a la cual apunta Rawls, aunque no se trate precisamente de la sociedad bien ordenada.

Una cultura societal, que comprende tanto el ámbito público como el privado en toda la gama de prácticas e instituciones, nos dice:

*“Es una cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente y se basan en una lengua compartida”<sup>23</sup>.*

*“Aunque resulte paradójico, es dentro de estas culturas donde se puede pensar en la libertad individual. Sin embargo, es necesario incluir en ella la posibilidad de que los individuos puedan elegir sus propias concepciones de vida buena y que puedan además revisarlas al margen de presiones externas, y a la luz de alternativas que la misma sociedad les ofrece. La existencia de estas múltiples alternativas de concepciones de bien, enriquece el panorama general de las culturas tanto minoritarias como mayoritarias de una sociedad democrática moderna, y además presentan un contexto de elección más amplio.*

*“La posibilidad de elección no significa por supuesto la pérdida de toda cultura en este tipo de sociedades. Al contrario, reafirma la necesidad de pertenencia cultural como algo a lo cual los individuos tienen derecho. Debe comprenderse que en el proceso de liberalización de una cultura es ineludible la pérdida de rasgos característicos, como el dejar de compartir concepciones sustantivas de la vida buena, y evaluarlo como costes en la adquisición de las nuevas identidades.*

*“Por ello puede afirmar Kymlicka que el concepto de identidad realmente no abandona en ningún momento el carácter dinámico de las culturas, sino que por el contrario, es la base de la autoidentificación y pertenencia de los individuos. Así mismo, tiene que ver con la formación individual y colectiva de la autoestima y el respeto, elementos fundamentales de toda formación cultural, ideas implícitas en los bienes sociales primarios que son aquellas condiciones indispensables señaladas por Rawls para la realización de los ciudadanos en tanto personas libres e iguales.*

*“En este marco teórico, es preciso señalar que la libertad así entendida se adecúa a un contexto de carácter más nacional que de grupo, pues tales posibilidades de elección se hacen más viables cuando la identidad no descansa exclusiva-*

---

<sup>22</sup> Kymlicka, Will. “Ciudadanía Multicultural. Barcelona”, Paidós, 1996, p.111.

<sup>23</sup> Ídem p.112

*mente sobre valores compartidos o estilos de vida tradicionales. De esta forma han de pensarse los derechos diferenciados en función del grupo, como reclamaciones concordantes con esta idea de libertad, que conducen además al fomento de ésta y al de las culturas que deben coexistir en el seno de una cultura nacional”<sup>24</sup>.*

Finalmente, para completar nuestro marco conceptual, resta especificar las diversas posturas en relación con el concepto de acceso a la justicia. Éste puede ser entendido como un derecho, como un servicio o como una “acción de llegar o acercarse al órgano jurisdiccional para la resolución de un conflicto”. Desde nuestro trabajo, optaremos por esta última acepción.

Recapitulando, el recorrido por las diferentes perspectivas sobre multiculturalismo y su combinación con la teoría del acceso a la justicia nos permite encuadrar las preguntas e hipótesis que orientan nuestra investigación. En este sentido, la combinación de posturas respecto de la accesibilidad y el multiculturalismo aportará las herramientas claves para la comprensión de nuestro objeto de estudio.

---

24- Carvajal Correa, Carlos Alberto. “Multiculturalismo y ‘consensus’”. En Colombia Revista De Ciencias Humanas. Ed. Universidad Tecnológica de Pereira - v.16 fasc.N/A p.14 – 199.



**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

# Capítulo II

## Organización territorial desde la problemática de la Propiedad Comunitaria Indígena en Misiones

### **I) Breve historia de los pueblos originarios en la Provincia de Misiones. La situación social del pueblo mbya durante el período de estudio**

La mayoría de las comunidades indígenas del Pueblo Mbya Guaraní<sup>25</sup>, en Misiones, ocupa este territorio desde tiempos inmemoriales. En la actual área de dispersión de los guaraníes las evidencias arqueológicas más antiguas se remontan al 6000 a. C., representadas básicamente por hachas de mano, azadas y clavos, todas trabajadas en basalto rojo.

Los guaraníes que habitan la provincia de Misiones pertenecen a las parcialidades Mbya y Ava Chiripá, las que se distribuyen también en gran parte de la región oriental del Paraguay y del sureste de Brasil, concordando con el área de distribución del Bosque Atlántico del Alto Paraná. La Etnografía ha abordado la riqueza de sus expresiones artísticas. Ambrosetti (1895) los calificó como apasionados por la música, dotados de un instinto y un gusto musical muy desarrollados. Los instrumentos musicales que emplean han sido descritos en reportes etnográficos generales<sup>26</sup> y también en artículos específicos sobre etnomusicología guaraní (Ruiz, 1984; Pérez Bugallo, 2003)<sup>27</sup>. Sin embargo, hasta el presente, no se ha prestado debida atención a las especies vegetales que se utilizan en su confección y acondicionamiento, ya sea por tratarse de aportes de naturaleza etnológica, o porque han sido documentadas por sus nombres vulgares o han recibido un tratamiento taxonómico rudimentario o sin actualizar.

En las misiones de la Compañía de Jesús establecidas en la región de la Selva Paranaense entre los siglos XVII y XVIII<sup>28</sup>, los guaraníes aglutinados en las reducciones<sup>29</sup> trabajaban en la fabricación de instrumentos musicales, entre otras industrias (Viñuales). La reincorporación de guaraníes cristianizados al seno de las aldeas selváticas podría ofrecer una explicación acerca de las aptitudes que manifiestan integrantes de las comunidades

---

25- La acentuación oxítone de la casi totalidad de los términos guaraníes ha implantado la norma de colocar la tilde solamente en los restantes. No obstante, en los nombres de grupos étnicos respeto el uso observado en etnografía (Ej. mbya, guaraní).

26- Ver Müller, F. 1989. "Etnografía de los Guaraní del Alto Paraná". Rosario: Editorial Societas Verbi Divini.

27- Pérez Bugallo, Raúl . "Las takuaras sagradas de las mujeres mbya." en Scripta Ethnológica 25: 57-67. 2003.

28- El proceso colonial y la estructuración misional produjeron profundas transformaciones en los sistemas organizacionales. La etnogénesis del Pueblo Mbya Guaraní preexistente, que se fue redefiniendo y generando nuevas configuraciones étnicas históricas, dotadas de similar base cultural pero progresivamente diferenciadas. Resulta sorprendente que estas diferenciaciones -o su preexistencia- no aparezcan registradas por una administración colonial burocrática tan detallista como lo era la hispana. El hecho es que los "monteses" fueron tratados como una unidad hasta comienzos del siglo XX cuando los primeros viajeros y etnógrafos consignaron la presencia de tres distintos grupos organizacionales, a los que llamaron tribus o parcialidades, que se diferenciaban entre sí tanto a nivel lingüístico como ideológico y simbólico, aunque portaban un similar bagaje cultural que admitía una serie de diferenciaciones; se trataba de los Mbya, los Ava Chuvya y los Pai Tavytera. Las más tempranas observaciones al respecto aparecen en la obra del investigador ruso Strelnikov (1928 334).

29- Cfr. Viñuales, G. M. 2007. "Misiones Jesuíticas de Guaraníes" (Argentina, Paraguay y Brasil). Apuntes 20 (1): 108-125.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

actuales para la fabricación y ejecución de instrumentos alóctonos tales como guitarras y violines. Estos nuevos instrumentos, sumados a aquellos que pertenecen a su acervo cultural tradicional.

El estudio encargado por el gobierno provincial al ingeniero forestal, Héctor Alejandro Keller, en mayo de 2004, sostiene:

*“Alrededor del tiempo de Cristo se asentó el primer grupo tupí-guaraní en las selvas subtropicales, que están a lo largo del Alto Paraná y del Alto Uruguay, en aéreas que pueden corresponder al sur de Brasil, Paraguay y al noreste argentino (Schmitz). Su presencia en Misiones fue fechada en aproximadamente 1.200 a.C.*

*“Históricamente asentados en lo que hoy se define como territorio argentino, hablan un idioma del grupo guaraní-abá, al que también pertenece el idioma de los chiriguano del Chaco occidental. Globalmente, la llegada de contingentes guaraníes de distintas pertenencias a esta parte del continente desde distintas corrientes migratorias, se remonta al siglo XVI, sostienen otros autores, como la antropóloga Morita Carrasco, docente de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en su obra ‘Las tierras que nos quitaron’, cuando Misiones y Argentina, nuestro país, no existía jurídica ni políticamente.*

*“Aquella historia de sus primeros habitantes se remonta, para muchos estudiosos, al Paleolítico, como lo atestiguan restos arqueológicos hallados en la cueva natural del arroyo Tres de Mayo que correspondería a ese período. La llegada de los conquistadores españoles sin embargo data de 1527, cuando Sebastián Gaboto llega a los saltos del Apipé.*

*“En 1541 Álvar Núñez Cabeza de Vaca se encuentra con las Cataratas del Iguazú y en nombre de la corona española toma ‘posesión’ de las tierras, dando comienzo así una etapa distinta en la historia de Misiones, mezcla de culturas y pueblos nativos, criollos y extranjeros. Desde un inicio, la Corona española busca imponerse por la fuerza. Pero al toparse con la resistencia indígena cambia de política confiando la evangelización y transformación de los pueblos originarios a la Compañía de Jesús”<sup>30</sup>.*

En diciembre de 1609<sup>31</sup> los jesuitas crean las primeras reducciones de indios guaraníes, abrigándolos a transformar sus vidas. Luego de la expulsión de los jesuitas en 1767 se crea la provincia colonial de Misiones en 1768, la primera del Río de la Plata; Misiones pasa a depender de la intendencia de Buenos Aires hasta que en 1832 es anexada al territorio de Corrientes.

En verdad, con la creación de la provincia jesuítica del Paraguay en 1607 se inicia una serie de “aproximaciones” a comunidades guaraníes y guaycurúes, las que debían ser medidas del servicio personal en caso de aceptar la evangelización. Así, en 1610 se forma la reducción San Ignacio Guazú, la primera de una serie de asentamientos que florecerán hasta la expulsión de la orden en 1767.

30- Keller, Héctor A. “Origen y decadencia de los cultivos guaraníes, un relato mítico de los Ava Chiripa de Misiones, Argentina” en Bonplandia, vol. 21 p. 27 – 27. Corrientes 2012.

31- Las misiones jesuíticas conformaron una experiencia reduccional que -desde 1609 hasta 1668- sirvió a la conformación de un Estado colonial teocrático que dejó su impronta en la cultura rioplatense y dio a la que es hoy provincia de Misiones elementos característicos, que son producto de la idiosincrasia local en el marco de un proceso de organización nacional que muchas veces son difíciles de entender desde una visión revisionista de la historia argentina.

Martínez Sarasola<sup>32</sup> señala que algunas de las características más notorias de esta configuración cultural guaraní-jesuítica, lograda a través de las misiones, consisten en confinación de propiedad cultural e individual de la tierra en la organización comunitaria derivada, la autonomía política respecto de la corona española y a los conquistadores, la ausencia de servicio personal de los indígenas, la posesión de fuerzas militares propias y la autosuficiencia integral progresiva de los asentamientos. En todo caso, muchos grupos de guaraníes, los Mbya entre ellos, fueron resistentes a esta forma de radicación optando por conservar su independencia mediante prácticas de traslado bastantes frecuentes.

Es en este contexto que la Constitución Nacional de 1853-1860, a través del reconocimiento de las facultades otorgadas al Congreso dibuja así su matriz ideológica, del indio enemigo, que debe ser civilizado y cristianizado.

*“Desde la federalización, las oleadas sucesivas de colonos extranjeros buscan desplazar grupos cazadores-plantadores como los cáingang, que estaban asentados en la zona desde antigua data, y los grupos Mbya o monteses que desde mediados de siglo pasado se habían asentado en la región, presionados por la expansión del frente maderero en Paraguay. El propósito de polacos, italianos, suizos, españoles, alemanes, austriacos, ucranianos, paraguayos, brasileños y criollos residentes en Misiones sería el de incrementar las explotaciones de tabaco, yerba, té y madera”<sup>33</sup>.*

Mientras la población cáingang ya diezmada migra al Brasil, los grupos Mbya que logran subsistir en la zona mantienen el patrón, no sin dificultades, en parcelas que se iban haciendo cada vez más pequeñas. Paralelamente, los varones se incorporan como mano de obra a la economía local, principalmente como jornaleros forestales y rurales, recolectores de frutos y hacheros en los obrajes y en las colonias formadas por colectividades de origen extranjero. Empiezan a comercializar sus artesanías, en especial sus trabajos de cestería, utilizando básicamente el idioma natal y además coexisten con el manejo del vaporá, guaraní criollizado que surge como lengua franca en las misiones jesuíticas, que es hablado por pobladores no indígenas de la región.

Según Martínez Sarasola se pueden distinguir tres tipos de grupos Mbya de Misiones. Los agricultores, con mayor predisposición hacia el desplazamiento, que fundamentalmente subsisten gracias a lo que cultivan; los cazadores y finalmente los recolectores entre los que prepondera la recolección de miel y frutos silvestres, por sobre la agricultura. En general, los tres grupos trabajan fibras vegetales y maderas para artesanías, criando aves de corral y porcinos en no muy significativa proporción.

El censo indígena nacional registraba hacia 1967 la presencia de 512 guaraní-caiguá (esto es “monteses” en tanto no catequizados por los jesuitas) o Mbya, distribuidos en 18 pueblos de la provincia Misiones. El censo provincial de 1979 identifica cerca de 2.000 mbya-guaraní distribuidos en cerca de 300 familias y asentados en unas 40 localidades.

## **II) El status del pueblo Mbya-guaraní según el ordenamiento jurídico argentino y misionero. La Reforma Constitucional de 1994 y la positivización del principio de diversidad cultural**

32- Cfr. Martínez Sarasola, Carlos. “El círculo de la conciencia. Una introducción a la cosmovisión indígena americana”. En: “El lenguaje de los dioses. Arte, chamanismo y cosmovisión indígena en Sudamérica”. Biblos; pp. 21-65. Buenos Aires. 2002

33- Idem.

La evolución constitucional de 1994<sup>34</sup> en esta materia fue preparada por el dictado de una serie de normas nacionales y provinciales que comenzaron a brindar un tratamiento específico a la cuestión indígena, sustancialmente diferente al previsto en el texto de la Ley Fundamental de 1853.

Entre ellas, se destacan:

a) La ley 23.302 sobre Política indígena y Apoyo a las Comunidades aborígenes que fue la primera que reguló esta temática a nivel Nación siguiendo los principios del Convenio Nº 107 de la OIT relativo a refección e integración de las Poblaciones Indígenas<sup>35</sup>. Entre los puntos principales de dicha ley encontramos que: a) prevé el otorgamiento de personería jurídica a las comunidades indígenas que cumplan ciertos requisitos; b) crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I. N. A. I.) como entidad descentralizada con participación indígena, que actúa como organismo de aplicación de la ley; c) regula la adjudicación de tierras; d) prevé la implementación de la enseñanza especial y la puesta en marcha de planes de salud y de vivienda y e) contempla la elaboración de un proyecto que establezca el derecho a la jubilación ordinaria de este sector. Fue reglamentada por el Decreto 155/89.

Varias constituciones provinciales reconocieron expresamente los derechos de los pueblos indígenas con anterioridad a la citada reforma, como el caso de Neuquén (1957), Chaco (1957), Salta (1986), Jujuy (1986), Río Negro (1988), Formosa (1991), La Pampa (1994), Buenos Aires (1994) y Chubut (1994).

b) La ley 24.071 que aprobó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y revisa parcialmente el Convenio Nº 107 anteriormente mencionado. Su contenido será estudiado a lo largo de este capítulo.

Luego de 1994 las normas constitucionales vinculadas con las comunidades indígenas son los artículos 16 y 75 inc. 17 y 19, que analizaremos brevemente en su capítulo específico. Dado que el artículo 16 de la C.N. no fue modificado con la última reforma, se debatió si el texto del nuevo artículo 75 inc. 17 -que consagra una serie de derechos especiales de los pueblos indígenas y de sus miembros- colisiona con esta norma.

Según la nueva disposición legal, corresponde reconocer tanto la preexistencia étnica como cultural de los pueblos indígenas, la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad 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 o susceptible de gravámenes o embargos. Además se debe garantizar el respeto a su identidad, el derecho a la educación bilingüe intercultural y finalmente a la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

De esta manera, se separó la cuestión referida a la seguridad de las fronteras -que quedó regulada en el artículo 75 inc. 16- de la relativa a las comunidades indígenas argentinas, dado que el punto de contacto que existía entre ambas problemáticas no subsistía al momento de la reforma.

---

34- La premisa de que el derecho está dentro de la cultura, no separado o aislado del sistema, hace obvia la necesidad de contextualizar cualquier estudio de pluralismo jurídico y de iniciar desde una posición de diferencia. Yo postularía que el enfoque socio-legal de la "pluralidad normativa" promueve la interrogante de diversas experiencias "jurídicas" no consideradas previamente como derecho, pero la literatura diluye la definición del derecho hacia todos los tipos de control social que podrían ser considerados "derecho".

35- Este enfoque de la ciencia social del pluralismo jurídico ha sido estrechamente asociado al estudio antropológico del "derecho" por académicos "occidentales" en culturas "no occidentales".

En cuanto a la ubicación de la norma, las autoridades de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías solicitaron a la Comisión de Redacción, en el dictamen de mayoría, que fuera incorporada en el Capítulo II de la Primera Parte de la Constitución y que, en reemplazo del contenido del art. 67 inc. 15, sólo se consagrara la competencia del Congreso para legislar en la materia. Dicha petición no fue aceptada en virtud de lo dispuesto por el art. 3, punto IX de la ley 24.309<sup>36</sup>. Comienza la norma reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los “pueblos indígenas” es decir, de diversas entidades con particularidades propias, lo cual no fue contemplado en el anterior texto constitucional. Se incluye también el adjetivo “argentinos” con el objeto de disipar cualquier duda, que pudiera originarse por la significación del término pueblos en el marco del derecho internacional<sup>37</sup>.

Además, se sustituye el término “indios” por “indígena” lo que es más exacto, en tanto que el nuevo vocablo de raíz latina significa originarios del país; mientras que el anterior surgió como consecuencia de la creencia de los descubridores de haber llegado a las Indias.

Para Rossatti<sup>38</sup> esta premisa introductoria constituye el fundamento socio-histórico-político del conjunto de derechos que precede por su parte Cianciardo:

*“El inciso provocó la crítica de quienes entendieron que su contenido viola lo establecido por el artículo 16 de la Constitución, en el que se dispone que:*

*“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.*

*Un grupo de autores ha considerado que el artículo 75 inciso 17 contraría “la garantía de la igualdad, piedra basal del sistema democrático”. Bidart Campos opinó lo contrario. Sostuvo concretamente que “cuando se asume con pragmatismo -no exento de sólido respaldo iusfilosófico- que por ser indígenas necesitan disponer de sus derechos en la particular situación de su inserción concreta en una comunidad específicamente diferente, y que en todo lo que esa situación tiene de desigualdad con la del resto de la sociedad deben ser tratados también de manera distinta precisamente para que la igualdad real de oportunidades sea efectiva, nos queda muy en claro que las modalidades y los contenidos de muchos derechos tienen que abastecerse sin arrasar la identidad y la diferencia de quienes los titularizan. Esto no es privilegiar la sangre, ni el nacimiento, ni el origen étnico o racial. Es simplemente aplicar la regla inveterada de que a quienes se emplazan en circunstancias diferentes no se los ha de nivelar a todos igualmente porque, de ser así, en vez de igualdad imponemos la desigualdad”.*

*En segundo lugar, para el caso de que se aceptase, por vía de hipótesis, que el artículo 75 inciso 17 sí consagra prerrogativas de sangre, Bidart Campos sostuvo que “el texto de la constitución documental compone una unidad indivisible, a cada una de cuyas partes*

36- Cfr. AliceE, Beatriz, “Los indios en la Constitución argentina de 1853 y en las reformas constitucionales posteriores”. En: “Asociación Argentina de Derecho Constitucional de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción”. Santa Fe, 2003.

37- Recordemos que la Resolución N° 1514 de la O.N.U. (Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales) establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación: en virtud de este derecho determinan en su edición política y persiguen libremente su desarrollo económico social y cultural.

38- El debate público y la jurisprudencia constitucional señalan a las sanciones penales como área de tensión significativa entre los sistemas jurídicos.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

*y a cada uno de cuyos artículos hay que armonizar, relacionar y compatibilizar con el resto. Todas las normas de la Constitución comparten una igual y misma supremacía; en la Constitución Argentina no descubrimos relaciones intrajerárquicas que a unas las coloquen por encima o por debajo de otras. Entonces, si quedara la impresión de que el art. 16 prohíbe las prerrogativas de sangre y nacimiento, y de que el inc. 17 las consagra a favor de los pueblos indígenas, optaríamos por esta conclusión: el art. 16 contiene un principio general que la misma Constitución excepciona en la norma del inc. 17, con lo que lejos de toda inconstitucionalidad (porque dentro de nuestra Constitución nunca hemos aceptado relaciones intrajerárquicas) lo que acontecería sería, sencillamente, que dos normas del mismo nivel contienen, una -el art. 16- un principio general, y otra -el inc. 17- un principio específico de excepción”<sup>39</sup>.* En cuanto a los titulares de estos últimos, son los pueblos indígenas y, en algunos casos, también sus miembros.

A los fines de determinar si estamos frente a una comunidad indígena, resultan de utilidad las pautas que nos brindan la Ley 23.302 y el Convenio 169 de la O.I.T.

La primera establece en su artículo 2, segundo párrafo, que: “Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconoczan 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”.

El Convenio 169 de la O.I.T. sienta pautas de orientación empírica para la identificación de estos grupos indígenas cuando delimita su ámbito de aplicación a los pueblos tribales en países independientes (art. 1, ap. 1, inc. “a”) y a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban 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 sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

En Argentina, conforme a la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas 2004/2005 (ECP), Complementaria del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas (2001) del Instituto Nacional de Estadística y Censos (I.N.D.E.C), existe una población de 383.132 habitantes que reconoce y/o descende en primera generación de un pueblo indígena. Por esto, es de fundamental importancia el reconocimiento expreso de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas en el texto constitucional.

Con anterioridad a la reforma, distintas leyes provinciales habían regulado la cuestión (leyes 426 de Formosa; 6.373 de Salta; 3.258 de Chaco; 2.435 de Misiones; 2.287 de Río Negro; 3.657 de Chubut y 11.078 de Santa Fe), habiendo sido consideradas por una parte de la doctrina como inconstitucionales por ser la legislación sobre personas jurídicas, una facultad delegada al Congreso de la Nación.

Más allá del debate acerca de la constitucionalidad de aquella normativa provincial, el problema con ella radicaba en que la registración de la personería jurídica que reconocían se hacía a través de normas del derecho civil (asociaciones civiles). Esto implicaba la necesidad de presentar anualmente documentación muy costosa y ajena a la forma de vida de las comunidades, a lo que se sumaba que la renovación de las autoridades, exigida

---

39- Cianciardo, Juan. “Universalidad, multiculturalismo y derechos de los pueblos originarios. Una aproximación desde el caso argentino” en Dikaion. Año 23 · Núm. 18 - 205-246 · Chía, Colombia · Diciembre 2009.

por el estatuto, generaba conflictos en el interior de las comunidades, manejos clientelísticos y rupturas internas.

A nivel nacional, la Ley 23.302 dispuso el otorgamiento de la personería jurídica a las comunidades del país mediante la inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) y su extinción por su cancelación (art. 2º).

Surge entonces el interrogante acerca de la posibilidad de registrar a las organizaciones de segundo grado o que representan intereses sectoriales de los pueblos indígenas, ya que la disposición constitucional reconoce la personería de los pueblos.

Bidart Campos, en dictamen elaborado a solicitud de la Coordinadora de Organizaciones Mapuches en el 2002, ha sostenido al respecto que el “pluralismo asociativo indígena impone la obligación al Estado de reconocer cualquier otra forma, que las comunidades puedan darse en orden a su organización”<sup>40</sup>.

Para concluir, cabe agregar que se han presentado proyectos de ley al Congreso para incluir a los pueblos indígenas en el art. 33 del Código Civil como personas de derecho privado o de derecho público.

### **El derecho al respeto a su identidad étnica y cultural**

El reconocimiento de este derecho implica el abandono en forma definitiva de las ideas de asimilación e integración compulsiva que emergían de la anterior disposición constitucional. Siguiendo a Ruiz, podemos definirlo como el derecho que tienen “todo grupo étnico-cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocidos como diferentes, conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzados a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilados a ella”.

En tal sentido, el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a respetar y proteger el derecho a la identidad social y cultural de los pueblos indígenas (arts. 2, 5, 8, 9 y conc. Convenio 169, O.I.T.).

En cumplimiento de tal compromiso, encontramos jurisprudencia en la que los tribunales han invocado este derecho para la protección de las comunidades y de sus miembros. Así, por ejemplo, en el fallo recaído en los autos “Puel, Raúl” (12/3/1999) el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén absolvió al imputado del delito de daño (art. 183 CP), sobre la base de analizar la significación que adquiriría la conducta desplegada por él, quien era un criadero perteneciente a la comunidad mapuche, dentro de su atmósfera cultural<sup>41</sup>.

En la causa: “Chiquichano, Francisco” (22/6/00), la jueza de Familia de Puerto Madryn hizo lugar a la medida innovativa solicitada por el presidente de la Comunidad Aborigen

40- Sin embargo, estoy de acuerdo con investigadores como Gordon Woodmanuique que indica que el pluralismo jurídico estatal no debería ser sumariamente descartado puesto que un orden legal puede exhibir una variedad de grados de pluralismo interno. Éste podría ser la opción más segura de pluralismo en una democracia liberal que mantiene la noción de Estado-nación.

41- Este fallo puede ser consultado en: L.L. 2000-E, p. 127. Respecto de las relaciones entre el derecho a la identidad cultural y el derecho penal ver los interesantes trabajos doctrinarios: Basílico, Ricardo Ángel, “Norma y error en el derecho penal. La cuestión de la diversidad cultural, Mediterránea”, Cba. 2004; Bazán, Víctor, “Justificación putativa, derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional”, en: LX 2000-E,p.º 127; Becerra, Nicolás, “Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena”, Ediciones Ciudad Argentina, España, 1997; Cesano, José Daniel, “Sistema penal y diversidad cultural. Una aproximación desde la teoría del error”, Lcner, Cba., 2006 y Delucchu, María Belén, “Diversidad cultural y proceso. Inaplicabilidad de normas procedimentales propias de los pueblos originarios”, en: [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar). Ver también, la siguiente jurisprudencia: Tribunal Superior de Chubut. Estupro agravado 1 (2611 /03); Superior Tribunal de Justicia de Formosa, “Torales Vega Hilario y otro” (24/11/05), “Ruiz José Fabián” (29/9/06).



de Balcuntre y ordenó al propietario o responsable del comercio instalado en el radio de la Aldea Escolar de Balcuntre discontinuar su conducta ya que afectaba a la comunidad.

También ha sido importante, en este aspecto el reconocimiento oficial de los cultos indígenas por los organismos competentes. El primero de ellos en ser reconocido e inscripto en la lista oficial de organizaciones religiosas de la Argentina en 2006 fue el profesado por los mbya guaraníes.

De esta manera, el Estado se encuentra obligado a brindar a los miembros de las comunidades indígenas una educación bilingüe, adaptada a sus necesidades, que incluya la enseñanza de sus conocimientos, sistemas de valores y cultura, con la necesaria participación de éstas en la formulación y ejecución de los programas correspondientes<sup>42</sup>. A la par de ello, deberá eliminar todas las formas encubiertas de discriminación hacia ellas de los contenidos curriculares y promover una justa valorización de su contribución en la construcción histórica del país.

La ley de educación nacional 26.206 contempla expresamente el derecho a la educación bilingüe e intercultural en los siguientes artículos:

Art 11.- Los fines y objetivos de la política educativa<sup>43</sup> nacional son: Asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la multiculturalidad en la formación de todos/as los/as educandos/as.

Art 17.- La estructura del Sistema Educativo Nacional comprende cuatro (4) niveles -la educación inicial, la educación primaria, la educación secundaria y la educación superior, y ocho (8) modalidades.

Las jurisdicciones podrán definir, con carácter excepcional, otras modalidades de la educación común, cuando requerimientos específicos de carácter permanente y contextual así lo justifiquen.

Art. 52.- La educación intercultural bilingüe es la modalidad del sistema educativo de los niveles de educación inicial primaria y secundaria que garantiza el derecho constitucional de los pueblos indígenas, conforme al artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, a recibir una educación que contribuya a preservar y fortalecer sus pautas culturales, su lengua, su cosmovisión e identidad étnica; a desempeñarse activamente en un mundo multicultural y a mejorar su calidad de vida.

Asimismo, la educación intercultural bilingüe promueve un diálogo mutuamente enriquecedor de conocimientos y valores entre los pueblos indígenas y poblaciones étnica, lingüística y culturalmente diferentes, y propicia el reconocimiento y el respeto hacia tales diferencias.

Art. 53.- Para favorecer el desarrollo de la educación intercultural bilingüe, el Estado será responsable de:

- a) Crear mecanismos de participación permanente de los representantes de los pueblos indígenas en los órganos responsables de definir y evaluar las estrategias de educación intercultural bilingüe.

---

42- Ver arts. 26 a 31 del Convenio 169 de la O.I.T.

43- A los efectos de la presente ley, constituyen modalidades del Sistema Educativo Nacional aquellas opciones organizativas y/o curriculares de la educación común, dentro de uno o más niveles educativos, que procuran dar respuesta a requerimientos específicos de formación y atender particularidades de carácter permanente o temporal, personales y/o contextuales, con el propósito de garantizar la igualdad en el derecho a la educación y cumplir con las exigencias legales, técnicas y pedagógicas de los diferentes niveles educativos. Son modalidades: la educación técnico profesional, la educación artística, la educación especial y la educación permanente de los jóvenes y adultos.

- b) Garantizar la formación docente específica, inicial y continua, correspondiente a los distintos niveles del sistema.
- c) Impulsar la investigación sobre la realidad sociocultural y lingüística de los pueblos indígenas, que permita el diseño de propuestas curriculares, materiales educativos pertinentes e instrumentos de gestión pedagógica.
- d) Promover la generación de instancias institucionales de participación de los pueblos indígenas en la planificación y gestión de los procesos de enseñanza y aprendizaje.
- e) Propiciar la construcción de modelos y prácticas educativas propias de los pueblos indígenas que incluyan sus valores, conocimientos, lengua y otros rasgos sociales y culturales.

Art. 54.- El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, definirá contenidos curriculares comunes que promuevan el respeto por la multiculturalidad y el conocimiento de las culturas originarias en todas las escuelas del país.

Art. 92.- Formarán parte de los contenidos curriculares comunes a todas las Jurisdicciones el conocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas y sus derechos, en concordancia con los artículos de la presente ley.

Finalmente, la alusión que hace el art. 75 a los recursos naturales plantea un interrogante respecto a la compatibilidad de la norma con el art. 124 de la C.N. que establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales en su territorio.

En virtud de esta última disposición queda establecido que a las provincias les corresponde el dominio originario de sus recursos naturales, mientras que a las comunidades indígenas les está asegurada la participación en cuestiones relativas a ellos. Es decir que no se ha consagrado el derecho de los pueblos indígenas a disponer de estos recursos, sino solamente a tomar parte en su administración y en su producido<sup>44</sup>.

Esta solución resulta acorde con lo dispuesto en el art. 15 del Convenio 169, en relación a que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”. Estos derechos implican su participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

### **El art. 75 inc. 19 in fine**

El art. 75 inc. 19 de la Carta Magna establece como atribución del Congreso Nacional el: “... Dictar las leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural...”, siendo su ámbito de aplicación más amplio que el del inc. 17, dado que la tutela que contempla no se refiere solamente a las culturas indígenas argentinas.

El art. 75 inc. 22 de la C.N. otorga jerarquía constitucional a once tratados internacionales sobre derechos humanos. Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención

---

44- Cfr. Gelli M. A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Bs. As., 2004, p. 574

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En estos tratados se consagran numerosos derechos que se relacionan con la materia (derecho a la igualdad, derecho a la protección contra la discriminación racial, derecho a la propiedad comunitaria, etc.) e incluso, la Convención sobre los Derechos del Niño hace expresa referencia en el art. 29.1 apartado d, que establece la obligación de los Estados Partes de encaminar la educación del niño a prepararlo “para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, la tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”, y el art.30 que dispone que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

Dado que ninguna de estas convenciones versa específicamente sobre los derechos de los pueblos indígenas, se han presentado numerosos proyectos que siempre han quedado en manos de las comisiones del Congreso nacional perdiendo su estado parlamentario.

### **III) Normativa Provincial**

La producción de un marco legislativo especialmente destinado a regular las relaciones entre el Estado provincial y la sociedad aborígen comenzó también relativamente tarde en Misiones. Recién con el advenimiento de un nuevo período democrático en el país y con la llegada del Partido Radical al Gobierno de la provincia, éste profundizó sus posturas ideológicas en torno a la laicidad de la enseñanza y a la abstención de intromisiones religiosas en las comunidades indígenas. El conflicto político-ideológico se profundiza y alcanza un punto álgido con la sanción de la Ley del Indio de la Provincia de Misiones (Nº 2.435 de 1987). Asimismo cabe recordar también la existencia de la LEY XXI Nº4 (antes ley 516) que era un convenio entre el Ministerio de Bienestar Social, a través de la Secretaría de Coordinación y Promoción Social, Área de Promoción Comunitaria y el Gobierno de la Provincia de Misiones, que promovía la función social de la tierra como una reparación histórica de nuestros antepasados.

A efectos de garantizar la conformación de un cuerpo colegiado de indígenas, 25 representantes de los intereses colectivos, la reglamentación de la mencionada ley introduciría las siguientes figuras: Asociación de Comunidades del Pueblo Guaraní con un Consejo General; un Consejo de Ancianos; un Consejo de Representantes Guaraníes y Consejos comunales.

Una de las primeras medidas tomadas por la siguiente gestión democrática, políticamente justicialista y aliada al sector eclesiástico, fue derogar esta norma reemplazándola por la Ley del Aborígen (Nº 2.727 de 1989)<sup>45</sup>. Se anulan los cuerpos creados por la ley anterior, se reemplaza el Consejo de Representantes Indios por una Junta Asesora Indigenista

45- ARTÍCULO 1.- Institúyese un régimen de promoción integral de las comunidades guaraníes existentes en la Provincia fundado en el pleno respeto de sus valores culturales y espirituales y propias modalidades de vida. Para su cumplimiento se instrumentarán y ejecutarán planes y acciones que posibiliten el acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de sus actividades productivas, como también la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus

(no resolutive, integrada por miembros de ONGs de apoyo y un número limitado de indígenas) y comienza a producirse la transferencia de tierras a nombre de asentamientos localizados. Para ello, se requiere que los mismos informen previamente al Registro de

integrantes.

ARTÍCULO 2.- Los beneficios resultantes de la aplicación de la Ley 23.302, de la presente Ley y su reglamentación se otorgarán a las comunidades indígenas guaraníes que se inscriban en el registro pertinente o en casos excepcionales y por razones debidamente fundadas en forma individual a algunos de sus integrantes.

ARTÍCULO 3.- El régimen establecido en esta Ley no invalida ni obsta a la acción de promoción social, económica, espiritual, religiosa y cultural que se desarrollen por personas o entidades estatales o privadas.

#### TÍTULO II

##### DEL REGISTRO DE COMUNIDADES INDÍGENAS

ARTÍCULO 4.- Créase el Registro de Comunidades Indígenas Ley 23.302, que funcionará bajo dependencia de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia.

ARTÍCULO 5.- La reglamentación de la presente Ley determinará los requisitos para la inscripción y reconocimiento de Personería Jurídica de las Comunidades Guaraníes, como de conformidad con los principios establecidos en la Ley 23.302. Las Asociaciones Civiles de Comunidades Guaraníes que gocen de Personería Jurídica a la fecha de promulgación de esta Ley, se inscribirán automáticamente en el Registro de Comunidades Guaraníes.

#### TÍTULO III

##### DEL ÓRGANO DE APLICACIÓN

ARTÍCULO 6.- Créase la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, que funcionará como Organismo de Aplicación de la Ley 23.302, de esta Ley y de su reglamentación. El Poder Ejecutivo determinará su dependencia y estructura administrativa y reglamentará sus competencias, de conformidad con los siguientes principios:

a) la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes será un organismo administrativo centralizado, de la jurisdicción 03- Ministerio de Gobierno que en lo atinente a las funciones concedidas por esta Ley y su reglamentación dictará Resoluciones definitivas y ejecutorias. También podrá celebrar contratos para la ejecución de los planes de acciones tendientes a la promoción integral de las Comunidades aborígenes de conformidad con la reglamentación que a tal efecto dicte el Poder Ejecutivo. De las Resoluciones de la Dirección Provincial, sólo habrá recurso de apelación ante el Poder Ejecutivo por razones de ilegitimidad que deberá interponerse dentro del quinto (5to.) día de notificado el acto que se impugna;

b) en la constitución de la Dirección de Asuntos Guaraníes deberá preverse la formación de una Junta Asesora integrada por representantes de las comunidades guaraníes inscriptas y de las entidades intermedias que realicen en la Provincia acciones tendientes a la promoción de dichas comunidades.

La Junta Asesora transmitirá a la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes las decisiones, anhelos, peticiones e inquietudes de las comunidades guaraníes y sus integrantes. Se desempeñará con carácter honorífico y la respectiva reglamentación determinará los gastos que serán abonados por la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, como consecuencia de su gestión.

ARTÍCULO 7.- Todo proyecto, plan o acción relativo a la promoción de las comunidades guaraníes deberá contar con la libre y plena participación y aceptación de sus integrantes.

#### TÍTULO IV

##### DE LOS BENEFICIOS

##### CAPÍTULO I

##### ADJUDICACIÓN DE TIERRAS

ARTÍCULO 8.- Se otorgarán en propiedad tierras fiscales a las comunidades indígenas que se inscriban conforme lo establecido en esta Ley, y en forma totalmente gratuita y en las condiciones que se determinarán en este Capítulo.

ARTÍCULO 9.- En el supuesto que el acto de transmisión genere pagos de tributos o gastos de orden nacional o municipal se gestionará la pertinente excepción ante quien corresponda o en su defecto la Provincia, a través de la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes se hará cargo de esos eventuales conceptos.

ARTÍCULO 10.- Con intervención de la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes previa consulta a las comunidades o asentamientos existentes de la población guaraní se procederá a elegir los lugares donde existan tierras fiscales para proceder a la mensura y adjudicación de tierras.

ARTÍCULO 11.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes conjuntamente con la Dirección General de Tierras y Colonización, escuchadas las peticiones de las comunidades indígenas, procederán a realizar el pertinente plan de adjudicación de tierras determinando superficie, lugares y condiciones de su colonización.

ARTÍCULO 12.- Sin perjuicio del plan especial de adjudicación de tierras y colonización establecido en el Artículo anterior, la población indígena mediante las comunidades inscriptas tendrá prioridad para ser beneficiaria de los planes generales de colonización aprobados y/o a aprobarse.

ARTÍCULO 13.- Se respetarán los lugares de asentamientos actuales de las comunidades guaraníes, una vez ratificada por éstas la decisión de seguir ocupando esas tierras. En caso de que las mismas sean de propiedad privada se harán las gestiones necesarias ante los propietarios para la transferencia del dominio, mediante venta, a la comunidad guaraní correspondiente. En caso de que el propietario de una fracción de tierra ocupada por un asentamiento indígena done directamente y sin cargo alguno a la comunidad guaraní, la Provincia tomará a su cargo los eventuales gastos y gravámenes que afecten la propiedad a donarse. Todo sin perjuicio de la utilización excepcional y debidamente fundada de la vía de expropiación, en su caso, para el debido cumplimiento de este Artículo.

ARTÍCULO 14.- Las adjudicaciones de tierras se efectuarán a las comunidades indígenas debidamente inscriptas ante el Organismo pertinente.

ARTÍCULO 15.- Las tierras fiscales o particulares adquiridas por compra, donación o expropiación adjudicadas a las comuni-

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

Personas Jurídicas acerca de la composición de sus autoridades, elemento que deben registrar cada año, con el cierre anual de ejercicios, informe de estados contables, etc.

Para el momento que se narra, fines de los años 70 y década de los 80, se concentraban en un único Obispado y con una poderosa conducción. En ese marco se crea la Fundación Döppfner, que recibe fondos de las iglesias alemanas, y administra dos proyectos de cambio cultural dirigido en sendas aldeas: Fracrán y Perutí hasta la muerte del Obispo. A partir de entonces la diócesis se divide en dos: la de Posadas y la de Iguazú. También la distinción “Indios del Obispado” perderá su vigencia.

Para terminar podemos mencionar otra normativa de menor relevancia como la ley 3.604<sup>46</sup> que modifica el régimen de tierras fiscales en sus artículos 7 y 11 quedando redac-

---

dades indígenas constituidas conforme la presente Ley, serán inembargables y no podrán ser ejecutadas. Como asimismo queda prohibido por parte de las comunidades su venta; donación; enajenación y constitución de gravámenes de las tierras referidas.

ARTÍCULO 16.- Las tierras adjudicadas a las comunidades indígenas no tributarán ningún impuesto o tasa de orden provincial. Se solicitará a las Municipalidades se dicten ordenanzas adhiriéndose al régimen del presente artículo.

#### CAPÍTULO II

##### DE LA SALUD

ARTÍCULO 17.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes en coordinación con las Autoridades Nacionales y Provinciales instrumentará un plan de salud integral para las Comunidades Aborígenes.

ARTÍCULO 18.- La Autoridad de Aplicación de la presente Ley, mediante el organismo provincial pertinente, habilitará a promotores indígenas para el desempeño de funciones de enfermería.

ARTÍCULO 19.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes solventará los gastos en medicamentos que requiera la asistencia integral de las comunidades guaraníes.

#### CAPÍTULO III

##### DE LA EDUCACIÓN

ARTÍCULO 20.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, con participación del Consejo General de Educación, elaborará planes especiales de enseñanza primaria, secundaria y terciaria para las comunidades guaraníes, que se ajustarán a las siguientes pautas básicas sin perjuicio de oportunas ampliaciones y actualizaciones por parte de la autoridad de aplicación:

- a) brindar un pleno acceso a los planes normales y habituales de enseñanza en vigencia, tanto nacional como provincial;
- b) establecer programas especiales, bilingües para todos los niveles de enseñanza, donde se resguarden los valores espirituales y culturales de la población guaraní;
- c) utilizar las estrategias más modernas del bilingüismo para que los educandos puedan asimilar la lengua y la cultura argentina a partir del contexto lingüístico y cultural guaraní, que le permita integrarse a la Nación y a la Provincia sin perder su identidad de grupo étnico original.

#### CAPÍTULO IV

##### DE LA VIVIENDA

ARTÍCULO 21.- Las Comunidades indígenas inscriptas tendrán derecho prioritario de adjudicación en cualquiera de los planes de vivienda que a partir de la vigencia de la presente Ley establezca el Gobierno de la Provincia.

ARTÍCULO 22.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, con la participación u asentamiento de la comunidad interesada, realizará planes conjuntamente con el Instituto Provincial de Desarrollo Habitacional o la Secretaría de Estado de Hacienda, Finanzas, Obras y Servicios Públicos, a efectos de asegurar el acceso a la vivienda digna por parte de los integrantes de aquellas.

#### TÍTULO V

##### DE LOS RECURSOS PRESUPUESTARIOS

ARTÍCULO 23.- Asignense los siguientes recursos a la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes:

- a) el dos por ciento (2%) de las utilidades del Instituto Provincial de Lotería y Casinos Sociedad del Estado (IPLYC S.E.);
- b) el uno y medio por mil de los recursos de coparticipación federal;
- c) sin perjuicios de los recursos especiales asignados, la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes podrá incluir en el presupuesto anual aquellas partidas que fueren menester para la atención integral de los planes y acciones de promoción integral de las comunidades guaraníes.

#### TÍTULO VI

##### DE LA REGLAMENTACIÓN

ARTÍCULO 24.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley,

ARTÍCULO 25.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

46- LEY XVI - <sup>3</sup>/<sub>43</sub> (Antes Ley 3.306)

ARTÍCULO 1.- Levántense las Reservas Forestales ubicadas en el departamento 25 de Mayo de la Provincia de Misiones.

ARTÍCULO 2.- Derógase el Punto 6 - "departamento 25 de Mayo", del Anexo I "Reservas Forestales" - del Artículo 13 de la Ley XVI - Nº 7 (Antes Decreto Ley 854/77).

ARTÍCULO 3.- Las superficies desafectadas serán objeto de planes de colonización, con destino a la adjudicación prioritaria

tados de la siguiente manera:

ARTÍCULO 7.- Los precios de venta de las tierras serán fijados atendiendo a las características, naturaleza y aptitud productiva del suelo, así como la ubicación, comunicaciones y distancias a los centros poblados, de consumo y de embarque. Los precios reales podrán ser bonificados como medida de fomento o estímulo y cuando a juicio del Poder Ejecutivo Provincial así convenga a los objetivos de la colonización.

ARTÍCULO 11.- Los adjudicatarios de predios rurales, a partir de la fecha en que tomen posesión del terreno y a los efectos de la obtención del título definitivo de propiedad, estarán obligados a:

- 1) Realizar la explotación en forma personal y con capital propio, durante cinco (5) años;
- 2) Introducir las mejoras, cultivos, plantaciones y ganados que exija la reglamentación de modo que asegure la adecuada explotación del predio;
- 3) Aplicar métodos de labor para la conservación del suelo, combatir la erosión y las plagas;
- 4) Abonar el precio de venta y mantener regularizadas sus deudas por cualquier otro concepto con la Subsecretaría de Tierras y Colonización;
- 5) No transferir sus derechos ni los que puedan corresponderle sobre las mejoras introducidas, sin previa y expresa autorización del Poder Ejecutivo por intermedio de la Subsecretaría de Tierras y Colonización, mientras no se resuelva la escrituración a favor del titular.

Por último debemos mencionar el decreto ley 854 y las leyes 4.098 y 4.093<sup>47</sup> los que complementan la normativa previamente citada.

#### **IV) Caso de la ley 4.000**

En junio de 2003 se reúne el pueblo guaraní de nombre “mbya”, con el presidente de la Legislatura provincial con la idea de reformar la Constitución de la Provincia de Misiones. Los mbya deciden confeccionar un proyecto de enmienda legislativa con el fin de que sus derechos como pueblo originario sean reconocidos a nivel constitucional y realizan el pro-

---

a sus actuales ocupantes, sujetas a las normas fijadas en los Artículos 7 y 11 de la Ley XVI - Nº 6 (Antes Ley 480); y a la transferencia a las comunidades de Chafariz y Guiray.

ARTÍCULO 4.- Previo estudio integrado de las superficies desocupadas, se fijarán los nuevos límites en aquellos predios que posean aptitudes para ingresar al Sistema de Áreas Naturales Protegidas de acuerdo a la Ley XVI - Nº 29 (Antes Ley 2.932).

ARTÍCULO 5.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

47- LEY XVI -<sup>47</sup> 77 (Antes Ley 4.093)

ARTÍCULO 1.- Institúyase un plan especial de colonización que bajo la denominación de “Plan de arraigo y Colonización”, deberá ejecutarse en las zonas y conforme a las condiciones establecidas en esta Ley.

ARTÍCULO 2.- Los inmuebles que se afecten al Plan de Arraigo y Colonización establecido en el artículo anterior serán considerados tierras fiscales comprendidas en las prescripciones de la Ley XVI - Nº 6 (Antes Ley 480). Respecto a la adjudicación, serán de aplicación, en lo pertinente, las disposiciones de las Leyes XVI - Nº 30 (Antes Ley 2.935), XXII - Nº 22 (Antes Ley 2.966) y las condiciones que se establezcan en la presente Ley, prevaleciendo estas últimas sobre toda otra disposición.

ARTÍCULO 3.- Constituirán condiciones especiales del régimen de adjudicación de tierras dentro del Plan de Arraigo y Colonización: a) la acreditación fehaciente por la autoridad de aplicación de la ocupación y de una explotación efectiva, directa y racional por el interesado durante un término no menor de tres años anteriores a la fecha de sanción de esta Ley; b) la subdivisión de las tierras en parcelas constitutivas de unidad económica de producción a fin de que las futuras explotaciones que en ellas se constituyan resulten capaces de producir en condiciones económicas y de asegurar la prosperidad de la región. A los efectos de la presente Ley se entenderá por unidad económica de producción a la mínima superficie que asegure la rentabilidad de la explotación, su tecnificación y un adecuado proceso de reinversión que permita una evolución favorable de la empresa y familia agrarias; c) la explotación del fundo por el adjudicatario, conforme a criterios de preservación del medio ambiente y de desarrollo sustentable del mismo, los que serán establecidos por la reglamentación; d) la adjudicación preferencial a grupos organizados en cooperativas; e) el otorgamiento de crédito oficial con destino a la vivienda y producción; f) el establecimiento de adecuadas vías de circulación y medios de comunicación; g) el fomento a la instalación de industrias transforma-

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

yecto en su lengua materna.

El 6 de noviembre de 2003, luego de presentado el proyecto ante la Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones, habiéndose traducido el proyecto en el idioma del hombre blanco, los treinta y cuatro (34) representantes de la Legislatura que se encontraban en ese momento sesionando aprobaron por unanimidad la ley N<sup>o</sup> 4.000, que pretendía modificar el art. 9 de la Constitución de la Provincia de Misiones, con el fin de agregarle

doras; h) la posibilidad del acceso a la propiedad de la tierra a hijos de productores agropecuarios; i) la creación de centros urbanos de apoyo a la actividad rural; j) el mejoramiento del nivel sociocultural y capacitación técnica de la población; k) el acceso a una digna vivienda rural y/o urbana.

ARTÍCULO 4.- Se aplicará al régimen del precio el Artículo 10 de la Ley XVI – N<sup>o</sup> 36 (Antes Ley 3.141) y se compensarán pagos efectuados por ocupantes a los propietarios conforme lo dispuesto en el Artículo 11 de dicha Ley.

ARTÍCULO 5.- Quienes hayan adquirido fracciones o lotes en menor extensión a los propietarios y hayan abonado más del diez por ciento (10%) del precio a la fecha de sanción de esta Ley, serán adjudicados directamente sin necesidad de cumplir el requisito del artículo 3 inciso a). En estos casos los adjudicatarios tendrán la libre disponibilidad jurídica de los inmuebles, previa cancelación de la totalidad del saldo del precio.

ARTÍCULO 6.- En ningún caso se podrá incluir dentro del Plan de Arraigo y Colonización a quienes, a partir de la sanción de esta Ley, ocuparen las tierras afectadas al mismo o las adquirieren a sus actuales ocupantes, por cualquier título, salvo los derechos sucesorios. Asimismo, en ningún caso podrán los adjudicatarios transferir a terceros los fundos adjudicados, por el término de diez (10) años sin previa cancelación total del precio.

ARTÍCULO 7.- En caso de constatare la violación de las condiciones de adjudicación y de explotación se revocará la misma y el inmueble deberá ser restituído a la Provincia.

ARTÍCULO 8.- Es autoridad de aplicación de la presente Ley el Ministerio de Ecología, Recursos Naturales Renovables y Turismo.

ARTÍCULO 9.- Créase una comisión de seguimiento del Plan de Arraigo y Colonización implementado por la presente Ley, la que estará integrada por cinco (5) diputados, en el marco del artículo 48 del Reglamento de la Cámara de Representantes.

ARTÍCULO 10.- Decláranse de utilidad pública y sujetos a expropiación parcial, a los fines del cumplimiento de la presente Ley, los siguientes inmuebles individualizados como: a) fracción D, municipio Bernardo de Irigoyen, departamento General Manuel Belgrano; Nomenclatura Catastral: dpto. 7 – mun. 8 - secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 - parc. 008A; 1.002,347ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nr221, zona Misiones, a nombre de Intercontinental Compañía Maderera S.A.; b) lote R-2-remanente, fracción D, departamento General Manuel Belgrano; Nomenclatura Catastral: dpto. 7 – mun. 8 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 008C; 29.139,136ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 221, zona Misiones, a nombre de Intercontinental Compañía Maderera S.A.; c) sublote F-remanente R-1, municipio Bernardo de Irigoyen, departamento General Manuel Belgrano; Nomenclatura Catastral: dpto. 7 – mun. 8 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 009A; 4.952,1426ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 74 (7), zona Misiones, a nombre de Intercontinental Compañía Maderera S.A.; d) lote 8, fracción B-1, colonia Montecarlo, municipio San Vicente, departamento Guaraní; Nomenclatura Catastral: dpto. 8 – mun. 74 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0027; 1.285,1619ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 2.378, a nombre de Cato S.R.L.; e) lote 15A, subdivisión lote 15, fracción B-1, colonia Montecarlo, municipio San Vicente, departamento Guaraní; Nomenclatura Catastral: dpto. 8 – mun. 74 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 028A; 600,0018ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 2.741, a nombre de Cato S.R.L.; f) lote 15B, subdivisión lote 15, fracción B-1, colonia Montecarlo, municipio San Vicente, departamento Guaraní; Nomenclatura Catastral: dpto. 8 – mun. 74 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 028B; 1.973,7123ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 2.741, a nombre de Cato S.R.L.; g) fracción de terreno, sección San Pedro, colonia Laharrague, departamento Guaraní; Nomenclatura Catastral: dpto. 8 – mun. 74 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0250; 660,4762ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro187, a nombre de Ferbuel S.A.C.I.F.I y A.; h) lote 10, sublote 7-R y M-1, fracción M, colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 268A; 500,0033ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 1.189, a nombre de Distribuidora Eldorado S.A.; i) lote remanente R-8, fracción letra “M”, colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 324B; 28.992,3658ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: al T<sup>o</sup> 172 - F<sup>o</sup> 139 - Fca. 1.642 - zona Misiones, a nombre de Colonizadora Misionera S.A. Inm. Agric. e Ind.; j) lote L, subdivisión R-6, fracción M, colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0669; 66,8026ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 1.173, a nombre de Cia. Eldorado Col. y Explot. B.L.S.A.; k) lote N, subdivisión lote 6-R, fracción M, colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0671; 26,8836ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 1.174, a nombre de Bernardo Hinc; l) lote N, subdivisión lote 6-R, fracción M, colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0672; 78,8432ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: en Folio Real Matrícula Nro 1.188, a nombre de Distribuidora Eldorado S.A.; m) lote P, subdivisión lote 6-R, fracción M, colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0674; 371,9648ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble:

cuatro párrafos. El decreto 1.669 de fecha 21-11-2003 promulga la ley, y el día 25-11-2003 dicha normativa es publicada en el boletín oficial<sup>48</sup>.

Nos encontramos ante una ley vanguardista para la Nación argentina. Nótese que los miembros de este pueblo aborígen redactan su propia ley, sometién dose a las instituciones y la voluntad del hombre occidental, solicitando su reconocimiento como pueblos originarios de la región. No existe otro precedente en la República que tenga comparación.

Según lo estipulado por la Constitución de la Provincia de Misiones, que establece un sistema de modificación de la constitución a través de la enmienda legislativa en los casos que se trate solamente de modificar un solo artículo de su cuerpo legal, debe recurrirse a una consulta popular en donde el pueblo vota y decide si quiere o no reformar la constitución sobre ese tema específico por el cual se realiza la consulta (sistema semiflexible distinto a la Nación que posee un sistema relativamente rígido de reforma). La ley que convoca a esta consulta y pretende esta modificación fue aprobada bajo el número de 4.000. La constitución establece que en las próximas elecciones a realizarse se debe llamar a un referéndum.

En el año 2005, al momento de realizarse las elecciones en la provincia de Misiones (renovación parcial de la Cámara de Representantes), inexplicablemente no se llama a consulta popular con el objeto de reformar el artículo 9 de la Constitución. El gobernador no convoca al referéndum establecido constitucionalmente, sino que decidió no consultar a la ciudadanía sobre el reconocimiento o no de los pueblos originarios y lo hizo saber a través del Decreto 424/05.

En Abril de 2005, distintas organizaciones de aborígenes realizan un reclamo ante el Tribunal Electoral. La comunidad mbya solicita que se cumpla con lo establecido constitucionalmente. El tribunal recibe el reclamo y notifica al gobernador de la provincia. Nunca hubo una respuesta.

Al momento de las elecciones del año 2007 se vuelve a formalizar un reclamo por parte

---

en Folio Real Matrícula Nro 1.172, a nombre de Cia. Eldorado Col. y Expl. de Bosques LTDA. S.; n) lote R, subdivisión lote 6-R, fracción letra "M", colonia Victoria, departamento San Pedro; Nomenclatura Catastral: dpto. 16 – mun. 68 – secc. 1 – chac. 0000 – manz. 0000 – parc. 0676; 154,2727ha de superficie; inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble: al Tº 172 - Fº 139 - Fca. 1.642 – zona Misiones, a nombre de Colonizadora Misionera S.A. Facúltase a la autoridad de aplicación a determinar mediante mensura, que deberá efectuarse en un plazo de ciento ochenta (180) días, las superficies a afectar al Plan de Arraigo y Colonización, excluyéndose expresamente las comprendidas por emprendimientos turísticos, comerciales, industriales, agropecuarios y forestales que, al 26 de agosto de 2004, se encuentren radicadas o se lleven a cabo en los inmuebles anteriormente descriptos a efectos de mantener en pleno funcionamiento los mismos. Estas superficies, así como aquellas que no estuvieren afectadas al Plan de Arraigo y Colonización, quedan excluidas de la declaración de utilidad pública.

ARTÍCULO 11.- Facúltase al Poder Ejecutivo a actuar en calidad de sujeto expropiante, de conformidad a lo dispuesto en la Ley IV – Nº 14 (Antes Decreto Ley 1105/79).

ARTÍCULO 12.- Las erogaciones que demande el cumplimiento de la presente Ley se imputarán a las partidas presupuestarias pertinentes, facultándose al Poder Ejecutivo a efectuar las compensaciones de partidas que resulten necesarias.

ARTÍCULO 13.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

48- "El Digesto Jurídico -compilación y ordenamiento de las leyes sancionadas en Misiones desde la provincialización (1953) hasta el presente- declaró "Caducidad por objeto cumplido" a la Ley 4.000, de reconocimiento constitucional de los derechos del Pueblo Mbya, alertó el vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Indígena (AADI). El experto precisó que la Ley 4.000, de enmienda constitucional, impulsada y elaborada íntegramente por comunidades mbya, asentadas en la tierra colorada, figura en el anexo C, correspondiente al listado de leyes declaradas "Caducas". Es un disparate, jurídicamente hablando ¿Cómo por 'objeto cumplido', si no se cumplió su objeto? Esta es una Ley que está pretendiendo reformar un artículo, sometida a una condición: que el pueblo misionero, a través de un referéndum, diga Sí o No a esa reforma. Y solamente el pueblo misionero podrá decidirlo", señaló. Benedetti, quien además es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de La Plata, recordó que la norma fue aprobada unánimemente el 6 de noviembre de 2003 por la Cámara de Representantes de Misiones. "Esto ocurrió y está acreditado. Y no sólo lo aprobó la Cámara de Diputados, sino que el gobernador, por Decreto 1669 del 21 de noviembre de 2003, promulgó la Ley 4.000. Y además la publicó, el 25 de noviembre, en el Boletín Oficial". En línea en <http://cronosdelaverdad.blogspot.com.ar/2011/02/que-paso-con-la-ley-4000-en-misiones.html>



de la comunidad aborígen, solicitando que se cumpla con el referéndum, y se haga cumplir la ley aprobada por unanimidad en la cámara de representantes. No obtienen respuesta. En ese mismo año, un diputado provincial reclama ante la Legislatura el cumplimiento de la Ley 4.000, presentando un nuevo proyecto de ley, con contenido idéntico del cual había sido presentada por el pueblo mbya y aprobado por los legisladores misioneros, fundamentándose en el peligro de que se argumente, desde algún sector cercano al Ejecutivo misionero, una caducidad institucional por no haberse realizado la consulta en el año 2005 según el mecanismo establecido por nuestra Carta Magna provincial. No se aprobó el proyecto. Abogados del foro local hicieron presentaciones administrativas solicitando al gobernador que se expida sobre este tema. En su momento, fue de conocimiento público este hecho gracias a algunos medios de comunicación. La voluntad contraria a que se cumpla con este precepto constitucional -la cabeza del Poder Ejecutivo- jamás emitió opinión al respecto, manteniéndose firme en su propósito de que esa ley no cumpla con el fin establecido y resguardado por la Constitución de la Provincia de Misiones.

## **V) Conclusiones**

Como pudo advertirse a lo largo de este relato, la penetración de modalidades de manipulación de las estructuras organizativas indígenas en Misiones se ha exasperado desde finales de los años 70 a la fecha.

Este proceso debe ligarse al que ocurre en otros ámbitos de la estructura social misionera: la explotación progresiva de los bosques nativos, la reconversión productiva que implica el cambio de la explotación de madera nativa a la plantación de especies madereras rentables para la industria celulósica y de la construcción; la pérdida del valor relativo de las plantaciones de yerba mate, organizadas anteriormente en unidades de explotación de 50 y 100 hectáreas, que están siendo transferidas al sector reforestador, y un notable proceso de desmonte y ocupación de las zonas selváticas por una masa de población rural y periurbana, excluida en estos procesos de alta concentración de tierras y capital, con retracción de los mercados de trabajos estacionales en el sector agrícola remanente.

Dicho proceso obviamente también ha sido acompañado con la normativa provincial y también encontramos casos como el de la Ley 4.000, la que creó un verdadero limbo jurídico.

# Capítulo III

## Análisis de la Evolución del concepto de propiedad comunitaria indígena

### I) Introducción

Sin lugar a dudas el tema del presente capítulo es hoy uno de los aspectos con más vigencia avizorando la reforma del Código Civil y Comercial, por lo mencionado y considerando que posiblemente es uno de los temas de mayor pujanza durante los últimos años en el ámbito de los derechos reales y que es el referente a las llamadas nuevas formas de dominio.

Debemos advertir que este tipo de propiedad comunitaria -la de los pueblos originarios- se organiza en el presupuesto de la existencia en un mismo enclave urbanístico o territorial de una serie de características comunes ya no sólo desde su finalidad como grupo sino de una forma de cosmovisión cultural, en cuanto al uso de las tierras destinadas al aprovechamiento colectivo por los integrantes de la comunidad de los pueblos originarios.

Frente a estas circunstancias debemos analizar dichas características de esta forma de dominio que tiene una íntima relación con algunos aspectos de la legislación civil de los derechos reales, especialmente el de dominio que más adelante desarrollaremos caracterizando así también el caso misionero.

### II) La propiedad comunitaria indígena frente al *numerus clausus* y al orden público

Este tema, obviamente vigente en la actualidad por la vigencia del código velezano, hace que sopesemos las siguientes preguntas al momento de analizar el *numerus clausus*: a) ¿Por qué la creación de un nuevo derecho real y no la utilización de uno ya existente, o la combinación de derechos reales y personales, como el dominio, las servidumbres y la figura asociativa? b) ¿Cómo adaptar la tutela al derecho de propiedad comunitario de la CN a la reforma del Código Civil y Comercial?

Si bien dedicaremos algunas consideraciones acerca de las ventajas y desventajas para la regulación de esta nueva forma de dominio, haciendo especial hincapié en que la forma de propiedad comunitaria indígena se instituye como un derecho real autónomo a partir de la reforma constitucional de 1994, es importante remarcar que la vía legislativa sigue siendo la única válida para la creación de nuevos derechos reales en el actual código, hallándose vedada a los particulares la posibilidad de crear estos derechos por acuerdo de voluntades, la norma constitucional ha legislado sobre dicha materia permitiendo así la tutela a un bien jurídico específico como lo son las tierras de los pueblos originarios.

En segundo lugar, la existencia del orden público en nuestro sistema jurídico en lo que respecta a derechos reales tiene un efecto prohibitivo a la voluntad de los particulares, ya que a estos últimos los priva de reglar ciertos aspectos de los mismos como su estructura, contenido, ejercicio, alcance, extinción u otros aspectos ya consagrados por nuestro Código

Civil.

Es por lo dicho *ut supra* que quizás también la llamada “Propiedad Comunitaria Indígena” ha sido acogida en el texto de la Constitución Nacional con la reforma del año 1994 en el inc. 17 del art. 75 efectuándolo de forma clara al “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...

“El texto constitucional creemos acentúa la preexistencia de una organización respecto a las tierras de los pueblos originarios y otorga la propiedad de la misma, tutelando la forma comunitaria de su uso y goce a las comunidades aborígenes.

“Dicha norma se integra con la Ley Nº 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, que declara de interés nacional al acceso a la propiedad de la tierra y al fomento de la producción agropecuaria de los miembros de los pueblos originarios.

“Disponiendo la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades de cada comunidad.

“Consigna que, para la adjudicación, establece una preferencia para las comunidades que carezcan de tierras o las mismas sean insuficientes pudiendo las mismas realizarse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares (art. 7)”<sup>49</sup>.

### III) La ley 23.302

De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que el Estado argentino le reconoce a los pueblos originarios la integración participativa a la vida nacional dentro de un marco de respeto de sus identidades étnicas y culturales cuya preexistencia al Estado nacional constituye un fundamento socio-histórico-político.

El art. 10 de la ley mencionada establece que las tierras adjudicadas deben destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas. En tanto los arts. 11 y 12 inc. b-, consagran la inembargabilidad, inejecutabilidad e inenajenabilidad de las tierras que por dicha ley resulten adjudicadas. Estableciendo que en principio no podrían subdividirse o anexarse otras parcelas sin autorización de la autoridad de aplicación. Asimismo es importante advertir que el art. 12, inc. b, no es claro en su redacción, puesto que la interpretación de los actos que se pueden hacer con autorización de la autoridad de aplicación podría llegar a hacerse extensiva a los actos de transmisión, venta y arrendamiento.

También la norma impone a los adjudicatarios de las tierras la obligación de ejercer por sí mismos la posesión, ya que deben radicarse en las que les resulten asignadas y trabajarlas personalmente, ya sean los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar (art. 12, inc. a). La ley no especifica cuál sería concretamente la sanción para el supuesto de que las tierras no fueran trabajadas por sus

49- Lezcano, Juan Manuel, “La propiedad comunitaria indígena en la próxima reforma del Código Civil” en La Ley Suplemento de Actualidad, 01/12/2011.

adjudicatarios en caso de no cumplirse la misma.

El Convenio Nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, de la O.I.T. en su art. 14.1 distingue otra modalidad no contemplada en la Ley 23.302, a saber, que son las tierras que la comunidad indígena no ocupa con exclusividad, pero a las cuales tradicionalmente ha tenido acceso para el desarrollo de sus actividades. Ello en referencia a los pueblos nómades que sin utilizar tierras de manera exclusiva, lo hacen por ejemplo cazando o rotando los lugares de cultivo. Dicho convenio, que tiene jerarquía superior a las leyes nacionales, las contempla de un modo particular para preservar el derecho de los indígenas a seguir utilizándolas de la manera en que ancestralmente lo hacían. Esta manera de utilización de la tierra creemos que no difiere de los derechos reales de uso, usufructo o servidumbre, reconocidos y regulados por el Código Civil Argentino<sup>50</sup>.

#### **IV) Naturaleza jurídica del derecho de las comunidades indígenas sobre sus tierras**

Una de las modificaciones más sorprendentes y discutida de la reforma constitucional de 1994 ha sido la contemplada en el artículo 75, inciso 17, como antes mencionamos ya que se trata sin lugar dudas lo que podríamos llamar una reivindicación histórica<sup>51</sup>.

Creemos que el constituyente reconoce un nuevo derecho real sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra sobre la que recae. La tierra, objeto del derecho, es la cosa en el sentido del artículo 2.311 del C.C., con un indudable contenido comunitario.

Presenta semejanzas con el derecho real de dominio pero con peculiaridades propias, ya que es perpetua, al igual que lo regulado en el artículo 2.510 del C.C. siendo la propiedad atribuida a la comunidad indígena la que no se extingue por el no uso, ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable.

Es un derecho otorgado a las comunidades indígenas que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina.

Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de facultades (disposición, uso y goce), la propiedad indígena no es enajenable, ni es transmisible, ni es susceptible de gravámenes ni embargos.

La propiedad comunitaria aborígen tiene pues vedada la facultad de disposición, la prohibición de enajenar implica que la comunidad indígena, titular de la propiedad no puede transmitirla a nadie, ni a otras comunidades ni a miembros en particular de uno de ellas, bajo ningún título de transmisión.

Si bien el precepto constitucional contraría el principio de la enajenabilidad de la propiedad individual, el cual tiene su expresión en el artículo 2.612 del Código Civil, la tierra comunitaria es indivisible por tener un único sujeto titular de la tierra, la comunidad indígena. Su partición es imposible porque tal hecho desnaturalizaría el sentido perenne de la propiedad. Es por ello que se descarta que la propiedad indígena sea un condominio común, por tener vedada la división.

---

50- En materia de Derechos Reales: derechos indígenas en el Common Law el fallo "Johnson vs. Mc Intosh" de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido uno de los argumentos más interesantes en la materia. Esta decisión de la U.S. Supreme Court presidida por el Chief Justice John Marshall, sentó los fundamentos de las doctrinas de los derechos indígenas sobre el territorio ocupado originalmente por tribus en el actual territorio estadounidense y asimismo la doctrina -entonces de uso internacional- de los derechos emergentes de los conquistadores europeos que descubrían, conquistaban y ocupaban nuevas tierras.

51- Alterini, Jorge H.; Coma, Pablo M. y Vázquez, Gabriela A.; Propiedad Indígena, Ed. De la Universidad Católica Argentina, p. 85 Buenos Aires, 2005.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

Se aleja pues, en este aspecto, de las peculiaridades propias de los derechos reales, cuyas cosas además de ser ciertas, determinadas, actualmente existentes, deben encontrarse en el tráfico jurídico.

El hecho que la Constitución Nacional haya establecido estas prohibiciones tiene un aspecto positivo, que es impedir que los grupos económicos se abusen del estado de indefensión de las comunidades indígenas. Se preserva así el hábitat natural de los grupos aborígenes evitando la ejecución de las garantías y por ende el desarraigo.

## V) El nuevo código civil

Sin lugar a dudas la próxima vigencia del nuevo plexo del derecho privado argentino hace necesarias algunas presiones, ya que el tema no es sólo de la órbita del derecho privado sino también del derecho constitucional.

Es por ello que si bien creemos reconocido el derecho de propiedad comunitario de los pueblos originarios en la Constitución Nacional, sería necesario incluirlo como un derecho real autónomo con su propio articulado dentro o fuera del futuro código, donde este derecho real sea legislado *in totum*.

Así también sería tangible legislar sobre su convalidación, persecución y preferencia de la dicha propiedad y demás requisitos de oponibilidad, como así también un régimen registral inmobiliario específico.

Ante lo mencionado creemos que el proyecto<sup>52</sup> de la comisión presidida por el Dr. Lorenzetti, si bien incorporó algunas de las cuestiones mocionadas, vulneró el derecho de consulta y el reconocimiento de sujeto de derecho público no estatal de las comunidades.

*“En consecuencia este proyecto de reforma es inconstitucional, en primer lugar, porque*

---

<sup>52</sup> El título V del proyecto regula la Propiedad comunitaria indígena.

ARTÍCULO 2028.- Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

ARTÍCULO 2029.- Titular. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.

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

ARTÍCULO 2031.- Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan;
- b) por usucapión;
- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.

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

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

ARTÍCULO 2034.- Prohibiciones. La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

ARTÍCULO 2035.- Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

ARTÍCULO 2036.- Normas supletorias. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.

vulnera el derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas. Este derecho se encuentra garantizado tanto en la Constitución Nacional como en el Convenio 169 OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI).

El Art. 6 del convenio 169 de la O.I.T. dispone que los gobiernos deberán 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, y que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por su parte el Art. 19 de la DNUPI dispone que 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, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

De manera que la sanción del anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación de conformidad con el texto constitucional y con las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe.

Este derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que los afecten, se fundamenta en la circunstancia de que no es posible que los pueblos indígenas conserven su identidad cultural, sus costumbres y cosmovisión si carecen del derecho a que se les pregunte cada vez que el Estado adopte medidas que puedan afectar el normal desenvolvimiento de su vida”<sup>53</sup>.

Lo dicho con anterioridad fue el argumento de mayor peso para no regularlo en el código sancionado como un derecho real autónomo, haciendo necesaria una ley especial para su correcta caracterización y configuración. Así también radica en supeditar el ejercicio de un derecho fundamental como el de la propiedad para su supervivencia como pueblo organizado al otorgamiento de la personería jurídica<sup>54</sup>.

## VI) Conclusiones

Nuestras conclusiones nos llevan a sostener y observar la necesidad de incluir las siguientes apreciaciones en el análisis previo de la normativa y la doctrina como necesarias para los procesos en la Provincia de Misiones<sup>55</sup>:

- a) La existencia de un derecho real autónomo conceptualizado como una propiedad comunitaria de los pueblos originarios, puesto que no se concibe un ejercicio individual del derecho, sino colectivo, en función del conjunto.
- b) La comunidad como unidad social, desde la que se articulan la vida y la cultura,

53- Vely, Florencia, “Incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el código civil argentino” exposición ante la Comisión Bicameral de unificación de códigos en línea el 14/02/13 en [http://cycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS\\_o22\\_FLORENCIA\\_VELY.pdf](http://cycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/posadas/pdf/POS_o22_FLORENCIA_VELY.pdf)

54- En efecto el art 18 del proyecto de reforma dispone que “ Las comunidades indígenas con Personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V...” y el art.2029 prevé que El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica, contrariando a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos que estipulan que las comunidades indígenas son las propietarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.

55- Es interesante la opinión de la Asociación de Abogados y Abogadas en Derecho Indígena (AADI) disponible en [http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat\\_view/19-informes-y-dictámenes](http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/cat_view/19-informes-y-dictámenes).

asume que la relación del indígena con la tierra tiene un punto de partida espiritual, “pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno; pues esas matizaciones son incompatibles con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre tierra. No olvidan que allí nacieron ellos, allí reposan sus antepasados, allí nacieron sus hijos. Más que sentir que son poseedores de la tierra, su concepción encierra la idea de que la tierra los posee a ellos”<sup>56</sup>, “... la propiedad comunitaria une a sus miembros no tan sólo para asegurar sus satisfacciones materiales, sino, sobre todo, para realizar el bien común, como medio de desenvolver sus personalidades, integrándolos en la escala humana y en la libertad”<sup>57</sup>.

c) La propiedad comunitaria indígena conjuga una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un autónomo grupo social, una actividad laboral inteligentemente organizada, dirigida a la consecución del bien de la comunidad.

d) La propiedad indígena respeta el principio del *numerus clausus* al haber sido creada por un precepto constitucional, y en tal sentido es de orden público (art. 21 del Código Civil). Así como todo derecho real y por el principio de número cerrado consagrado en el Código Civil de Vélez y en el nuevo código Civil Unificado.

e) El fundamento de la garantía constitucional es la reparación histórica a los pueblos indígenas, por los daños espirituales y materiales sufridos durante la conquista y colonización.

f) El reconocimiento como personas jurídicas de derecho privado, desconoce el carácter de pueblo que ha sido reconocido por el convenio 169 de la O.I.T. (art. 1.3) y la DNUPI con el consecuente derecho a la libre determinación.

---

56- Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M. y Vázquez, Gabriela A.; Ob.Cit, p. 155.

57- Highton, Elena, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 307.

# Capítulo IV

## El principio jurídico de igualdad y el derecho fundamental de diversidad cultural

### I) Concepto análogo

Como mencionamos en los capítulos anteriores la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento del principio de diversidad cultural en el ordenamiento jurídico argentino hacen necesario reconfigurar conceptos de nuestra ciencia y uno de ellos es el de igualdad, esto en el marco de las particularidades históricas y culturales de las comunidades de los pueblos originarios.

Esto nos hace pensar que estamos ante una distribución de los bienes fundamentales que requiere un mutuo reconocimiento de la diferencia, a partir del cual, distintas identidades debieran tener el mismo valor. En el marco de lo expuesto, nos preguntamos en el presente apartado, si por ejemplo estos grupos más desfavorecidos como los pueblos originarios, obtienen de los tribunales la aplicación de criterios de multiculturalidad en la resolución de sus conflictos a partir de conceptos análogos.

Cuando hablamos de conceptos análogos, al igual que en el concepto “derecho”, afirmamos que no es unívoco, no significa una sola cosa, no da cuenta solamente de una realidad, con el concepto de igualdad estamos ante el mismo problema.

Si por derecho entendemos la ley en cuanto conjunto de normas, pero también las facultades que poseemos como sujetos, como seres humanos, como personas; con la igualdad podemos estar ante una variedad de entendimientos que obviamente no van a ser iguales para los grupos etnoculturales.

Por otro lado, el concepto y/o principio igualdad dentro del derecho también hace referencia a la relación jurídica para con otro, a darle lo que le corresponde, que es la justicia; y todavía más, la palabra alude a la “ciencia del derecho”. Como se ve, “derecho” hace referencia a realidades sociales distintas.

### II) Igualdad ontológica de los hombres en la diversidad cultural

Emprender el tratamiento del principio de igualdad es una tarea sin lugar a dudas compleja si se tiene en cuenta que no existe una formulación que precise su alcance de manera categórica. Es decir, no existe un concepto que pueda definir *in totum* “la igualdad”, sino que lo que existe son distintas concepciones.

Ello acontece fundamentalmente por la razón de que “la igualdad” no compone un enunciado vacío de contenido, sino se acude a criterios materiales externos al juicio de igualdad; es decir, toda verificación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un juicio de abstracción que depende de la elección de rasgos considerados como relevantes entre los que se compara.

Es así que cada período histórico ha caracterizado la concepción de igualdad en el con-



cepto de la igualdad, suceso que manifiesta que el alcance de este principio ha sido, es y será fluctuante por la diversidad de vías argumentativas y cuestiones axiológicas que se plantean al momento de concebir su acepción en un determinado contexto.

Las distintas concepciones sobre el principio de igualdad han marcado un neto carácter evolutivo en los aspectos de su interpretación y argumentación produciendo una elaboración científica como pocas en el derecho, especialmente en el aspecto del multiculturalismo.

Ahora bien, hasta la reforma del año 1994, el principio constitucional de igualdad se encuadraba dentro de la “igualdad ante la ley” (del art. 16.C.N). Dentro del tenor político en el cual se elaboró el texto original de la constitución histórica federal de 1853-1860, se imaginaba al principio de igualdad de conformidad con los postulados del Estado liberal de derecho, reconociéndose a todos los hombres como titulares de los mismos derechos y deberes.

Así concebido, el mencionado principio gozaba de un contenido político antes que de un contenido jurídico, y esta igualdad formal o jurídica acarrearba la idea de status neutral del Estado, es decir, implicaba un deber del Estado. Dicha “igualdad” no excedía de una precisa y formal igualdad de derecho, que se hacía realidad sólo por su rótulo en las leyes fundamentales de los Estados.

Pero el derecho siguió evolucionando desde la postura antes mencionada y se originó la ruptura de la identificación entre igualdad y ley, y cuando se empezó a pensar en una opinión que argumentaba que la igualdad no es un punto de partida sino una finalidad se dejó de imaginar al principio de igualdad como una igualdad formal. Comenzando a entenderse que la igualdad no era una mera igualación jurídica sino un imperativo que se deriva de la idea de justicia.

Así comienzan las diferentes escuelas del pensamiento jurídico a concebir al principio de igualdad, ya no sólo referente a la aplicación del derecho sino también como igualdad en la enunciación del derecho o en el contenido de la norma positiva o principios. Persiguiendo la línea progresiva en la concepción de la eficacia del principio de igualdad, en el cual prosperó el interrogante acerca del principio del derecho anglosajón “*equals should be treated equally and unequals unequally*”, que quiere decir si implicaba o no la obligación del Estado de crear igualdad fáctica. Esto se planteó a partir de la aparición de los derechos humanos en su dimensión más amplia y en especial cuando se comenzó a tutelar bienes jurídicos como la diversidad cultural.

Sin lugar a dudas, la interpretación del artículo 75 inciso 17 donde pueden detectarse cuatro derechos de los pueblos originarios argentinos se relaciona directamente con el principio de igualdad al decir de Cianciardo.

Primero podemos mencionar el derecho al respeto a su identidad, que ha sido definido “como el derecho a un trato igualitario sin pérdida o renuncia de la identidad apuntada, o si se prefiere, a ser diferente de los demás para ser igual a sí mismo”<sup>58</sup>. Al respecto se ha distinguido que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a respetar el derecho a la identidad social y cultural de los pueblos indígenas al momento de tomar medidas destinadas a protegerlos y a garantizar el respeto a la misma (art. 2, Convenio 169 de la OIT)<sup>59</sup>.

58- Bidart Campos, Germán J, “Tratado elemental de Derecho constitucional”, p. 373, Ed. Ediar, Bs As, 1995.

59- Chiacchiera Castro, Paulina R., “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, LL 2008-E, p. 1.073.

El segundo derecho al que corresponde hacer mención es el “derecho a una educación bilingüe e intercultural”. Se ha dicho que la cultura indígena es un aporte valiosísimo, más allá de las fronteras culturales, de modo tal que “el Estado se encuentra así obligado a brindar a los miembros de las comunidades indígenas una educación bilingüe, adaptada a sus necesidades, que incluya la enseñanza de sus conocimientos, sistemas de valores y cultura, con la necesaria participación de las mismas en la formulación y ejecución de los programas correspondientes. A la par de ello, “deberá eliminar todas las formas encubiertas de discriminación hacia las mismas de los contenidos curriculares y promover una justa valorización de su contribución en la construcción histórica del país”<sup>60</sup>.

En tercer lugar, el texto constitucional consagra a favor de los pueblos originarios “el derecho a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y a la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”. Se ha asegurado que “estos derechos asumen fundamental importancia no sólo por la significación que tiene el elemento ‘tierra’ para las culturas indígenas sino también porque el despojo que estas comunidades han sufrido a lo largo de la historia, ha conspirado contra su propia existencia”, y que “su inserción en el ordenamiento jurídico interno resulta novedosa, en tanto que el concepto de propiedad y posesión comunitarias al que hace referencia nuestra Carta Magna difiere sustancialmente del régimen de propiedad y posesión regulado en nuestro Código Civil”<sup>61</sup>, por un lado, y “la norma sujeta a estas tierras a una serie de limitaciones, disponiendo que ‘(...) ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos , con el fin de que se mantengan en manos de sus titulares originarios”<sup>62</sup>.

Así podemos observar que por otra parte el principio de igualdad de iure hace necesaria toda una creación normativa, vinculando a la norma iusfundamental citada o las normas dictadas por el Poder Legislativo sino también al resto de los órganos de gobierno, en tanto éstos también poseen competencia para dictar normas jurídicas.

Como bien marca Alexy<sup>63</sup>, el principio de igualdad no se circunscribe a una práctica universalista de decisión, sino que si así fuera “la legislación nacional socialista contra los juicios no violaría la fórmula. Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”<sup>64</sup>. Ese ejemplo del autor citado nos permite concluir que la máxima de igualdad no se conforma con la sola forma lógica, sino que requiere de una valoración del contenido de la norma.

Desde el punto de vista del reconocimiento internacional, vale la pena destacar lo siguiente. En primer lugar, que diversas constituciones de América Latina han reconocido el carácter pluriétnico y multicultural de sus sociedades contemplando que un aspecto de estas últimas debe tener una relación directa con el principio de igualdad siempre que se le respete la diversidad etnocultural<sup>65</sup>.

60- Ídem.

61- Ídem.

62- Ídem.

63- Alexy, R. “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 386, trad. De Garzón Valdez, F., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

64- Ídem.

65- Cfr. Castillo Gómez, Juan Carlos. “El Estado-Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la Nación y la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas”, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006, p. 2 y passim. Cfr. Assies, Willem. “Indigenous peoples and reform of the state in Latin America”, in Willem Assies, Gemma Van der Harr y André Hoekema (eds.), “The Challenge of Diversity: Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America”, Ámsterdam, Thela, 2000, pp. 3-21; Miguel Carbonell Sánchez, “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 108 (2003), pp. 840-861; Jorge Alberto González Galván (coord.), “Constitución y derechos indígenas”, México, UNAM, 2002, y Gisela González Guerra

Sin lugar a dudas es importante acentuar la postura de uno de los más importantes juristas en la materia ya que con el mismo compartimos que, además de una cuestión jurídica, estamos ante otro desafío mayor que es el “derecho al propio Derecho” conjuntamente con el de las reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas.

Es por lo mencionado *ut supra* que el autor citado afirma que ha sido necesario contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir, como un “derecho al propio derecho” ya que en “la mayoría de los ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud. Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el subsistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmente intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas”<sup>66</sup>.

El problema principal, afirma Cianciardo, se plantea en la compleja articulación que puede traducirse a nivel teórico (como por ejemplo el del principio de igualdad), retomando lo dicho al comienzo, en la necesidad de conciliar la universalidad de los derechos con el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas, donde claramente surgen dos problemas:

a) Cómo compatibilizar o coordinar los usos y las costumbres de los pueblos indígenas con el sistema jurídico estatal. En el caso del Derecho Penal esto puede darse al menos de dos modos, según que los usos y las costumbres sean más o menos gravosos para el reo que el sistema jurídico estatal;

b) Cómo compatibilizar la necesidad del reconocimiento de la identidad cultural en lo referente a los derechos de primera generación con la de universalizar los de la segunda generación (sociedades bivalentes)<sup>67</sup>.

El primero es un claro ejemplo de la íntima vinculación entre la igualdad formal y la razonabilidad en lo que se refiere a la diversidad cultural, es por ello que nos parece interesante vincular los términos precedentes tal como lo ha escrito Didier<sup>68</sup>.

### **III) Igualdad como exigencia de justicia**

Sin lugar a dudas, la dimensionalidad de la razonabilidad al compatibilizar o coordinar los usos y las costumbres de los pueblos indígenas con el sistema jurídico estatal constituye un factor de importancia en materia constitucional, ya que la conjunción de factores dogmáticos de principios y subprincipios en materia de razonabilidad y diversidad cultural tiene una relación directa.

En la actualidad podemos observar que la producción dogmática sobre el tema tratado en el presente trabajo es insuficiente, es por ello que creemos que es necesario mencionar la importancia de la diversidad cultural en relación a los estándares o subprincipios en materia de razonabilidad como objeto a investigar.

Si tenemos en cuenta que los juicios de razonabilidad en las “clasificaciones normativas

---

(comp.), “Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina”, México, CNDH, 1999, *passim*. Hay quienes han detectado en el “movimiento indígena” un “componente transnacional”. Cfr., al respecto, Vargas-Hernández, José Guadalupe. “Movimientos sociales para el reconocimiento de los movimientos indígenas y la ecología política indígena”, Ra Ximhai: revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible 1, No. 3 (septiembre-diciembre 2005), pp. 453-470.

66- Cianciardo, Juan (dir.), “Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos”, Ed. Ad-Hoc, Bs As, 2008.

67- Cianciardo, Juan, “Universalidad, Multiculturalismo, y derechos de los pueblos originarios”. En Dikeion vol.18.2009.

ponen de relieve la estrecha vinculación entre las exigencias de los principios de igualdad y razonabilidad, lo que es destacado por Alexy, quien basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal propone que “si no hay ninguna razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”<sup>69</sup>, dicho argumento también se aplicará cuando hablemos de la tutela a la diversidad cultural en la Constitución Nacional, ya que la misma se va a vincular con la máxima de proporcionalidad a la que hace referencia Alexy, denominada en el Derecho argentino y norteamericano Máxima o Principio de Razonabilidad, que va a presentar tres dimensiones bajo la forma de subprincipios o juicios que son los de adecuación, necesidad y proporcionalidad los que pasaremos a caracterizar:

a) Juicio de Adecuación: es aquel que “*establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado*”<sup>70</sup>. Esta caracterización del subprincipio es el primer estadio en el eventual caso de un balance de principios que nos permitiría a priori saber si el bien jurídico que tutela la norma constitucional cumple con la finalidad tuitiva de la protección y reconocimiento a la diversidad cultural.

Con correspondencia al subprincipio de necesidad, se sostiene que la restricción impuesta por la norma será necesaria si no hay otra que implique ser menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar. Esto también podría suceder en el caso señalado por Cianciardo en materia penal mencionado ut supra.

b) Juicio de necesidad: es el más discutido de los tres que forman la máxima de proporcionalidad. Mediante él se examina si la medida adoptada es la menos restrictiva de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Tres problemas surgen según la postura de Cianciardo: 1) la posibilidad misma del juicio; 2) el juicio de eficacia, y 3) la elección de la medida necesaria.

Sobre el primer punto, la CSJN ha sostenido que no es facultad suya considerar la conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador. Cianciardo expresa su desacuerdo con esta tesis con cinco argumentos, que a la vez tienen cierta relación entre sí.

La conclusión última de estos es que resulta tan indeseable la proscripción absoluta del subprincipio de necesidad como su aplicación desorbitada. El dilema se plantea a la hora de trazar la línea que separa un extremo del otro, y para esto el autor diferencia entre que la norma en análisis sea un acto del poder ejecutivo, o una de alcance general.

Atento al principio de igualdad, en el primer caso la aplicación será más intensa; en el segundo será más tenue o podrá prescindirse de él. Con relación al segundo problema, se expresa que la medida necesaria es aquella que menos repercute sobre la norma iusfundamental de entre las igualmente eficaces. Cianciardo cree que las facultades judiciales en este punto deben ser interpretadas restrictivamente y que debe tenerse presente la presunción de constitucionalidad de las normas.

El último problema consiste en que debe examinarse el grado de restrictividad de la norma iusfundamental en juego. La medida adoptada sólo será constitucional en el caso de que sea la menos restrictiva de todas. Las facultades de los jueces son nuevamente de interpretación restrictiva.

---

68- Didier, María M,” Op. Cit.

69- Ídem

70- Cianciardo, Juan . “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales “. en Persona y Derecho, p.47, V.14, 1999.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

c) Juicio de Necesidad: es el último de los tres subprincipios. La definición de éste no ofrece disputas en la ciencia jurídica, pero podríamos animarnos a decir que reside en concluir si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Sin embargo, existen disidencias acerca de qué entender por “relación razonable”.

La posición mayoritaria concreta el juicio en un balance entre las ventajas y las desventajas de la medida. El autor muestra su disconformidad con ésta, puesto que no se sabe cómo igualar y valorar los intereses en juego, y además, una proporcionalidad así pensada no parece justificable, ya que puede llevar a una justificación de violaciones a los derechos fundamentales, so pena de lidiar con un interés importante. Señala Cianciardo que permite advertir que se exige una conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. Aquí, el autor analiza el caso “Smith”, del 1º de febrero de 2002, y muestra una opinión general desaprobadora de la aplicación del principio de razonabilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>71</sup>.

#### **IV) Igualdad de derecho en cuanto mandato de no discriminación**

Didier afirma que el principio de igualdad de iure informa toda creación normativa, vinculando no sólo al Poder Legislativo sino también al resto de los órganos de gobierno, en tanto éstos también poseen competencia para dictar normas jurídicas.

Por su parte señala Alexy que el principio de igualdad no se confina a una práctica universalista de decisión, puesto que si así fuera “la legislación nacional socialista contra los judíos no violaría la fórmula hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”<sup>72</sup>. Siendo que la máxima de igualdad no se conforma con la sola forma lógica, sino que requiere una valoración del contenido de la norma; es así que la fórmula mencionada sólo puede referirse a una igualdad y desigualdad valorativa<sup>73</sup>.

Pérez Luño afirma que la igualdad de iure supone diversas exigencias, entre las que cabe mencionar la equiparación y la diferenciación<sup>74</sup> en efecto, en este sentido, se ha asegurado que “... la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno clasifica a fin de distinguir, en sus reglas o programas, entre personas que deberían ser consideradas como similarmente situadas en los términos de los principios relevantes de la igual protección (...). Segundo, la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno omite clasificar con el resultado de que sus reglas o programas no distinguen entre personas que, para los propósitos de la igual protección, deberían ser consideradas como diferentemente situadas”<sup>75</sup>. Tal como la Corte Suprema de los Estados Unidos observó en *Jenness vs. Fortson*, a veces la mayor discriminación puede consistir en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales.

Es por lo mencionado tal como lo afirma Didier que se “puede ver entonces, que el principio de igualdad no prohíbe diferenciar, sino que impone una serie de constricciones

71- Según Cianciardo ésta no aplicó el subprincipio de razonabilidad en sentido estricto, ya que omitió toda referencia a los intereses de las demás partes en juego, los cuales urgían armonizar el derecho cuya protección se reclamaba con otros derechos y con el bien común. En lo que concierne al tercer capítulo, Cianciardo procura sentar ciertas bases para una teoría general del principio de razonabilidad.

72- Alexy, R., “Theorie der Grundrechte”, 21 ed., Erank furlani Main, Suhrkam, 1994. Se cita de la ed. en castellano: “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 386, trad. De Garzón Valdez, F., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

73- Confr. ídem, pp. 386-387

74- Confr. Pérez Luño, A. E., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales”, p. 262 y sigtes, en Anuario de Derechos Humanos, 1, Universidad Complutense, 1981.

75- 403 U.S. 431,442 (1971) (convalidó leyes estatales electorales que imponían exigencias de ballotage a partidos políticos minoritarios, diferentes de aquellas impuestas a partidos mayoritarios).

sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar lo que antes hemos llamado las Condiciones de Aplicación, es decir, sobre el conjunto de criterios de clasificación.

Dado que no existe una relación de igualdad o desigualdad absoluta en el ámbito de lo real, el principio de igualdad (...) implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aún admitiendo su disparidad en otros ( $a=b$ ). La equiparación, basada en la existencia de rasgos comunes, supone (...) una cierta abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece<sup>76</sup>.

El principio de igualdad exige también el trato diferenciado y en especial a los grupos etnoculturales, ya que la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera indiscriminada no podría balancearse con la diversidad cultural si tomamos a este último como principio jurídico, así también como un criterio formal y abstracto podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales. La exigencia de diferenciación supone determinar las características, rasgos o situaciones estimados como relevantes para impartir un tratamiento diferenciado.

Tales características o situaciones constituyen el *tertium comparationis* bajo el cual es observado lo que se ha de cotejar, al que hizo expresa referencia el Tribunal Constitucional Español cuando afirmó que “toda alegación del derecho constitucional de igualdad necesita, para que su examen pueda ser realizado, un *tertium comparationis*, frente al que la desigualación se produzca...”<sup>77</sup>. Así, la raza y la nacionalidad pueden llegar a constituir el *tertium comparationis* confrontando a los que se otorgue un tratamiento desigual o igual.

Se podría decir que la condición de persona es el *tertium comparationis* inferior al art. 14 de la Constitución Argentina que sería repensada para equiparar a los nacionales y/o extranjeros con los miembros de los pueblos originarios en la titularidad de los derechos allí enumerados.

Por tanto, cabe concluir que no toda diferenciación es violatoria del principio de igualdad en materia de pueblos originarios, sino que por el contrario, existen discriminaciones necesarias en pos del respeto de la diversidad cultural.

Al respecto de esto último, Hervada ha afirmado que “la diferenciación o distinción de trato -la discriminación- es justa, cuando tiene como causa una diferencia real que afecta al fundamento y a la razón del derecho o del deber, respecto del cual se establece dicha distinción de trato. Según esto, ¿qué es la discriminación injusta? La discriminación injusta consiste en aquella diferencia de trato dada a diversos sujetos que tiene por causa algún motivo que no es una diferencia real que afecte al fundamento y a la razón del derecho o del deber respecto del cual se establece la distinción de trato”<sup>78</sup>.

Entonces, continúa Hervada “como sea que el título sobre el salario es el trabajo realizado, habrá discriminación injusta si por el mismo trabajo se da mayor salario a los nacionales que a los extranjeros o a los blancos que a los negros, pues ni la nacionalidad ni el color de la piel afectan la relación trabajo-salario como fundamento del derecho a la justa remuneración”<sup>79</sup>.

76- Didier, María Marta, Op. Cit

77- Sentencia 209/85

78- Hervada, Javier. “Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer”, en Persona y Derecho, V. XI, p. 348, 1984.

79- Idem.

## **V) Igualdad material o de hecho**

La dificultosa convivencia entre la igualdad formal y material se ha convertido en uno de los desafíos del Estado constitucional de derecho y en especial para los grupos etno-culturales, si bien es cierto que tal conflicto puede ser examinado desde múltiples variables y aspectos me refiero a los de los miembros de los pueblos originarios y el hombre blanco, lo cierto es que el paso previo para avanzar en tales laberintos es enfocar el principio de igualdad general, toda vez que es el hilo conductor hacia lo específico o particular.

Es difícil progresar en el tema sin precisar los parámetros jurídicos que sirven de punto de partida para asignar sentido al reconocimiento de la igualdad en su condición de principio y derecho fundamental con otro derecho fundamental como el de diversidad cultural.

Por lo mencionado, la vinculación entre las normas constitucionales del principio de igualdad y el de diversidad cultural hace necesario limitar el alcance que les han atribuido el legislador y las pautas o estándares utilizados por los tribunales judiciales para verificar la mayor o menor adecuación de la reglamentación infraconstitucional a los preceptos de jerarquía superior, que constituye la clave de acceso a un análisis crítico de la mayor o menor efectividad del principio de igualdad.

Es desde esa perspectiva, y a partir del sistema argentino, que proponemos la revisión de la cuestión. Revisión que tiende a probar que la debilidad del principio está en relación directa con los diversos grados de control aplicados en el sistema y al subsistema de derecho indígena.

Cuando transitamos el texto constitucional argentino se descubre la presencia implícita del principio de igualdad en numerosas normas, como por ejemplo el mandato preambular<sup>80</sup>, la forma republicana de gobierno, el reconocimiento de derechos de diversa naturaleza, los principios de la libertad civil y de reserva de ley representan mandatos constituyentes que sólo tienen sentido en una estructura democrática si se los entiende sustentados en el principio de igualdad. El valor justicia asegura su protección sin diferencia alguna entre los individuos pero con respecto a los indígenas pareciera ser que la constitución histórica no incluyó a dichos grupos como pasibles de igualdad hasta la reforma de 1994.

La propagación del principio de igualdad, en su carácter de uno de los pilares del sistema constitucional de derecho, adquiere forma expresa en el art.16 de la norma fundamental argentina que cuando dispone que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Del citado artículo podemos rescatar, en orden al objetivo formulado, lo que ha dado en llamarse la regla genérica en materia de igualdad, común a todos los sistemas originados en el constitucionalismo liberal. Desde la reforma constitucional de 1994, la delineación de principio de igualdad se ha visto complementada con la asociación de una serie de

---

80- Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

normas que apuntan a garantizar ya no el derecho general a la igualdad sino la igualdad fáctica de derechos y garantías que enumera la Constitución, que no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero estos nuevos derechos y principios se complementan con los ya reconocidos.

Hemos manifestado nuestra posición al mencionado criterio, aún antes de la reforma constitucional de 1994, argumentando que una interpretación integradora del texto constitucional con respecto a los derechos de los pueblos originarios, debería haber considerado no sólo las normas sino los valores y principios en los que reposa el sistema, lo que conducía, inexorablemente, a la respuesta a la cuestión indígena.

El principio de igualdad sólo puede ser eficiente si lo entendemos necesariamente referido a la garantía de igualdad material. Pero además de la norma constitucional la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos.

Si bien las disposiciones no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, así debemos adecuar la constitución histórica a los derechos de los pueblos originarios. Es por ello que la igualdad define su perfil en los términos en que ha sido incorporada a los tratados a los que refiere el art. 75, inc. 22.

En tal sentido, cabe aseverar que en el marco del principio de igualdad general se han consagrado supuestos especiales vedados por discriminatorios. Sin duda la descripción importa, porque es regla expresa, condicionante y vinculante para contener los criterios reglamentaristas.

El mandato expreso sin duda acota: *“En línea con estos requerimientos las acciones positivas son los instrumentos de que debe valerse el Estado para implementar aquellas obligaciones indelegables. El fin perseguido habilita a considerar en términos de desigualdad para lograr un tratamiento y acceso igualitario. Tienden a asegurar aspectos que hacen a la igualdad fáctica. El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional dispone que: Corresponde al Congreso:... Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*

*Esta norma introduce el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al Estado como sujeto obligado a su implementación. La obligación impuesta abre numerosos interrogantes respecto a la naturaleza de tal mandato constitucional, al grado de imperatividad que debe reconocerse y al grado de expectativa. El problema central se refiere a definir el grado de exigencia del que dispone el individuo para obtener su cumplimiento. Una renovada lectura del sistema constitucional muestra que de seguir considerando tales mandatos meras indicaciones programáticas, con el propósito de fortalecer el criterio discrecional de los poderes públicos para su consagración en orden a aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, aquellas quedan absolutamente neutralizadas toda vez que el sujeto llamado por el sistema a satisfacerlas es el mismo que decide el cómo y el cuándo.*



*Evidentemente la respuesta apunta a prioridades, optimización de recursos y búsqueda de medios alternativos. Sin embargo el mandato en cuestión permite por lo menos sostener que le estaría vedado desconocer, restringir o disponer en sentido expresamente contrario. Resulta paradójico suponer que existiendo mandato en un sentido determinado se entendiera como constitucional una reglamentación regresiva.*

*Tal accionar público debiera ser considerado como la creación de un obstáculo expreso y, en tales casos, el derecho a prestación se transforma en un claro derecho de defensa. En este contexto, y analizando los problemas contemporáneos de la igualdad, la igualdad general parte de aquellos presupuestos indicados al comienzo: trato igual e igual tratamiento. Estaríamos en condiciones de afirmar que toda reglamentación de una u otra forma afecta aspectos del principio constitucional.*

*En la Constitución Argentina el Congreso Nacional tiene entre sus facultades una que tradicionalmente le ha sido reconocida bajo la denominación de ejercicio de poder de policía y en aplicación de la cual, y desde una visión general del país, puede legislar para todo el territorio en aspectos reservados por la norma base a las jurisdicciones locales en el marco del estado federal<sup>81</sup>.*

La consideración efectuada al comienzo respecto a la sustantiva relación entre goce efectivo de derechos fundamentales y posición de igualdad dentro del sistema de que se trate, es recogida por la teoría de las acciones positivas en la constitución nacional, cuyo objetivo es justamente, crear aquellas condiciones que permitan el acceso a necesidades básicas. La subsistencia de dichas acciones en el caso de los pueblos originarios parece directamente ligada a la capacidad para dar respuestas que aseguren posiciones mínimas de dignidad, no en términos absolutos, pero sí razonablemente posibles.

Lo mencionado en el párrafo anterior nos puede hacer repensar que la intención no es avanzar en el estudio del ejercicio de dicha facultad en materia de diversidad cultural, ya que ha sido fuertemente cuestionada desde el principio de las autonomías locales y desde el avance sobre los derechos fundamentales, sino indicar que subyace en el mandato constituyente también el principio de igualdad regional con su vinculación con el de diversidad cultural para el desarrollo equitativo de zonas y poblaciones. La igualdad una vez más ligada a condiciones básicas de oportunidades reales y en el caso de los pueblos originarios al de respetar su cultura.

La cláusula histórica corresponde al inc.18 del actual art. 75, conocida como cláusula del progreso, reza: “Corresponde al Congreso: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

La reforma constitucional de 1994 incorporó en el inc. 19 de la norma citada la siguiente disposición: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la in-

---

81- Cayuso, Susana G., “El principio de igualdad. Problemas e interrogantes. El sistema constitucional argentino” en línea el 14/01/2012 en <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolítico-2009-75-76-10014/PDF>

investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Así que podemos observar que la garantía de igualdad material y fáctica es el principio rector y ha sido definitivamente incorporada como un fin constitucionalmente amparado, esto sin lugar a dudas pone una preeminencia del principio sobre cualquier otra a realizar. Desde este panorama general de la igualdad es posible individualizar normas referidas a aspectos concretos, en las cuales el objetivo perseguido reposa sobre la protección y viabilidad de igualdad real de oportunidades pero también esto es desde un punto de las realidades específicas y no generales como es el caso de los pueblos originarios.

Ahora bien, el diseño constitucional del principio y derecho a la igualdad debe ser confrontado con el alcance a que ha quedado reducido por el accionar de los poderes públicos ya que la disposición transitoria segunda establece que “Las acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”, en clara referencia a la reglamentación infra constitucional en el ámbito nacional: Ley 24.012 y su reglamentación sobre el cupo femenino vigente al tiempo de la reforma.

#### **VI) Características del derecho fundamental de la diversidad**

Con relación al Principio de Diversidad cultural, notoriamente éste no puede ser analizado sin el de igualdad (arts. 16 y 75 inc. 22 Const. Nac.), ambos reafirman el principio de “igual dignidad de todo ser humano” (*humanae dignitas*) el último como fundamento del derecho a la igualdad real y a la “no discriminación” arbitraria o ilegítima, e impone una equidad favorable o correctiva (niveladora) de las desventajas fácticas (pobreza, analfabetismo, desnutrición, inmadurez mental, condicionamiento cultural, abandono o maltrato infantil, etc.) que exigen un “desigual” tratamiento jurídico (individualmente beneficioso, para mejor) frente a cargas, deberes y mandatos jurídicos de carácter gravoso y el primero suma a esta la condición del respeto a la diversidad étnica.

Es que debemos repensar y entender aquello de que el concepto de igualdad es relativo, no absoluto. El principio de igualdad no implica una igualdad mecánica o absoluta que uniforme ciegamente a todos los individuos sin atender a respetar su cultura con todo lo que ello implica ya que sus particularidades o diferencias que los distinguen es lo que se ha denominado como “relativa relevante” que resulte proporcional o correlativa a las circunstancias relevantes de los sujetos involucrados.

El derecho a respetar la diversidad cultural no consiste, entonces, en asignar a todos lo mismo, con idéntica medida a cada grupo etnocultural, sino con una proporción adecuada, que tenga por objeto dar a cada uno “lo suyo” según sus particularidades, condiciones y necesidades. Así como la garantía constitucional de la igualdad ante la ley no impide distinciones razonables o justificables, sino la arbitrariedad. El principio de diversidad cultural se encuentra violado cuando en la diferencia o el tratamiento legal no se encuentra justificación suficiente y su Diversidad Cultural es afectada.

### **VII) Contenidos del art. 16 CN y art.75**

La reivindicación constitucional de “igualdad razonablemente distintiva” (o diferenciadora) viene expresamente impuesta, además, por el art. 10 del Convenio 169 de la OIT, que presagia como singular pauta de determinación e individualización de la pena aplicable a un aborígen<sup>82</sup> la especial deferencia de sus condiciones sociales, económicas y culturales, al tiempo que dispone el carácter subsidiario del encarcelamiento frente a opciones sancionatorias distintas de la pena privativa de libertad.

En consecuencia, aquí como en tantas otras esferas de relación interpersonal, signadas por una especial argumentación protectora y antidiscriminatoria en la que recoge singular vigencia la exigencia política de justa, legítima y racional discriminación, en materia de multiculturalismo, la igualdad constitucional debe perfeccionarse y proporcionarse de las circunstancias propias de cada situación particular o grupo etnocultural a través de la función modeladora que cumple la equidad como expresión última del postulado preambular que manda afianzar la justicia.

En relación del Principio de culpabilidad en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la norma constitucional obviamente que también se vincula con los principios tratados en el presente apartado especialmente en materia penal ya que puede disminuir, atenuar y hasta eximir de responsabilidad jurídica, obligando a abastecer la consecuencia jurídica sancionatoria ya sea mediante su reparación pecuniaria-prestación comunitaria o una pena y las reales y concretas posibilidades subjetivas (intelectivas - conocimiento-, valorativas - comprensión- y volitivas - voluntad y determinación-) de entender (discernimiento) y de querer (intención y libertad) que tenga (o haya tenido) el sujeto aborígen (o culturalmente diverso).

Esto significa que en materia penal la reacción punitiva deberá formularse adecuando -según parámetros objetivos y subjetivos de proporcionalidad y razonabilidad- el reproche y la sanción (según las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y 18 y 75 incs. 17, 19 y 22 de la Const. Nac.) a la real “capacidad” de comprensión de la criminalidad (material - conducta lesiva- y formal - legalmente definida y castigada como delito) del acto y de dirección de las acciones según esa “comprensión integral” (del hecho y su prohibición legal y del castigo punitivo -o sea, que la conducta está legalmente reprobada y sancionada penalmente como delito-) que haya tenido el sujeto actuante (imputabilidad), y al específico ejercicio objetivo en relación con la naturaleza de personas, cosas o situaciones o cuando pueda ser tachada de arbitraria<sup>83</sup>.

Como bien se apuntó relacionando los principios bajo examen con el principio constitucional de reserva (art. 19 de la Const. Nac.), el principio de culpabilidad “...indica enton-

82- En el caso de nuestro derecho, junto a los criterios puntualmente fijados por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y de los principios dimanantes del art. 75 incs. 17 y 19 de la Const. Nac.)

83- Ver Gómez, Claudio D., “Constitución de la Nación Argentina - Comentada - Concordada - Anotada”, Ed. Mediterránea, pp. 170/174 Córdoba, 2007.

ces que nadie puede ser declarado responsable de acciones prohibidas si no ha tenido la posibilidad tanto de prever el acontecer lesivo como de conocer la conminación penal existente y adecuar a ella su conducta en la circunstancia concreta”<sup>84</sup>.

Además, se han sugerido como fundamentos del principio de culpabilidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana intrínsecamente con su cultura, al período en que se cimentó la esencia de la culpabilidad en la posibilidad real de que gozara el autor del delito de haber actuado de otra manera en el caso concreto -esto es, posibilidad (factibilidad) de otra conducta que su cultura podría aceptar (pues nadie está obligado a lo imposible) + exigibilidad (obligatoriedad) de otra conducta moralmente cualificada<sup>85</sup> (es decir, direccionado intelectual y volitivamente) que en el caso puntual se haya hecho de las mencionadas aptitudes subjetivas; y siempre en relación con el grado de lesividad concreta y cierta que la conducta reprochada le haya causado al bien jurídico objeto de tutela penal y a su titular o portador, atendiendo al valor social conferido a dicho bien en la comunidad indígena del autor y a la particular vinculación relacional de éste con su víctima<sup>86</sup>.

Asimismo debiera privilegiarse la solución del caso en el seno interno de la comunidad respetando el principio de diversidad, según y conforme pautas culturales, con reciprocidad de todos sus miembros, supuesto en el cual la justicia estatal blanca debiera dimitir su intervención siempre que no mediaran razones de orden público o de violación severa a derechos fundamentales. Más ininteligible es el caso donde intervienen autores y/o víctimas que pertenecen a ámbitos culturales diversos. En tal ocasión sí debiera intervenir el Poder Judicial estatal con asistencia multidisciplinaria especializada.

Del mismo modo en los casos que los individuos pertenezcan a una misma comunidad indígena (y, en principio “cultural”), regida por idénticos patrones referenciales de conducta objeto de normas, debería repensarse la posibilidad de abrir paso a la justicia restaurativa y a formas compositivas de resolución privada del conflicto como alternativa del conflicto cultural.

### **VIII) Efectos del principio de diversidad cultural**

Para concluir este capítulo debemos analizar los efectos del reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en la reforma constitucional de 1994 y en especial el principio de diversidad cultural donde plantea sin lugar a dudas un cambio de paradigma para el pensamiento jurídico presente, ya que al existir una instancia de reformulación jurídica y política del concepto de igualdad en el marco de nuestra vida democrática, incorporando como fundamento al reconocimiento de la diversidad cultural las particularidades históricas y culturales de las comunidades de los pueblos originarios, nos lleva a un mutuo reconocimiento de la diferencia, a partir del cual, distintas identidades debieran tener el mismo valor de igualdad<sup>87</sup>.

---

84- Orsi, Omar Gabriel, “Los límites del legislador penal – Discurso penal y programa constitucional”, Ed. Del Puerto, p.40, Buenos Aires, 2007.

85- Ver Bacigalupo, Enrique, “Derecho Penal –Parte General”, Ed. Hammurabi, p.168 Buenos Aires., 2009.

86- En este último, es preciso advertir que merecerá un tratamiento (procesal y penal) distinto -según sean las particularidades del caso- el delito cometido por un indígena contra otro miembro de la misma comunidad aborigen, respecto del perpetrado por un indígena en contra de un semejante de otra tribu o comunidad; del mismo modo, y con mayor razón, si el hecho se lleva a cabo contra un tercero no indígena, miembro de la población general.

87- Ha dicho la Corte en relación al significado del art. 16 de la Constitución norma fundamental para la igualdad en la Argentina: “El texto de tal disposición, inspirada por la conciencia democrática de sus autores, que abominaban toda primacía ilegítima, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que suprime los títulos de nobleza y los fueros personales, para

Asimismo, se necesita compartir normas, valores y principios, mediante los cuales estas identidades y ciudadanos se manifiestan implícita o explícitamente como iguales en las

declarar ensejuda, que todos los habitantes son iguales ante la ley, demuestra con toda evidencia cuál es el alto propósito que la domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (Fallos, 16-118, 101-401). "No es pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales".

Del principio de igualdad expuso: "En tesis general y según lo definido por esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos (Fallos, 16-118, 123-106, 124-122, entre otros)".

Así también se ha expresado: "La garantía del art. 16 de la Constitución nacional no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable".

Resulta muy ilustrativa como síntesis general del Alto Tribunal, la clasificación que hiciera Rodolfo R. Spisso:

- a) los tributos que tienen en mira la capacidad económica del contribuyente, como los de carácter progresivo, o los que afectan más intensamente a las sociedades anónimas;
- b) la aplicación de tasas diferentes según se trate de ausentes o presentes, siempre que este último concepto se aplique a los domiciliados fuera del país, y no por razones de vecindad dentro del país o de propiedades urbanas o rurales;
- c) los gravámenes progresivos a los latifundios;
- d) el establecimiento de un menor término de prescripción de la acción de repetición en relación con el otorgado al fisco para exigir los gravámenes, por tratarse de un privilegio razonable reconocido al Estado como poder público;
- e) los impuestos aplicados a las sociedades cuya dirección y capital inscripto estén fuera del país, en razón de que el tributo establecido por los arts. 5 de la ley 2.774 y 7 de la ley 2.856 es uniforme para todas las sociedades radicadas en el exterior y responde a una orientación de política económica que descarta toda sospecha de arbitrariedad;
- f) los gravámenes aplicados por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a los studs, ya que no es posible desconocer que existe algún motivo razonable para hacer la distinción entre establecimientos que se ocupan de cuidar caballos destinados al tráfico comercial de la ciudad y aquellos que albergan y preparan caballos con el único objeto de disputar carreras;
- g) la patente aplicada por la Municipalidad de Rosario a las compañías telefónicas y no a otras industrias;
- h) la distinta tasa cobrada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por los espectáculos de boxeo, al establecer dos categorías de promotores de combates, promotor club y promotor particular, cuya razonabilidad fue fundada en que no es lo mismo el fomento del boxeo con fines de educación física que su explotación como diversión pública, con el objeto de especulación comercial y de simple ganancia;
- i) el diferente impuesto interno que pagan los jabones en relación con los cigarros y tabacos, en la ley 10.360;
- j) el impuesto a las ventas que diferencia, a los fines del gravamen, entre los impresores que suministran la materia prima principal y los que no la proporcionan;
- k) la aplicación del impuesto territorial a cada condómino teniendo en cuenta el valor total del inmueble, y no sólo el de su parte indivisa; modificando el criterio sostenido con anterioridad;
- l) el gravamen para el arreglo y conservación de caminos establecido por la Municipalidad de 25 de Mayo, aplicable sólo a las extensiones mayores de diez hectáreas;
- m) la aplicación en una jurisdicción de un gravamen que no existe en otra, porque la diversidad de tributación y su cuantía son inherentes a la pluralidad de regímenes, propia de nuestro sistema federal;
- n) la clasificación establecida por el inc. 3 del art. 62 de la ley 1.875 de la provincia de Buenos Aires, no obstante lo cual se declaró la invalidez de un impuesto que absorbía el 50% del legado hecho a favor de la Iglesia Católica, por su carácter confiscatorio, lo cual, por otra parte, podría constituir una velada prohibición de efectuar liberalidades a favor de la Iglesia, con lo que se transgrediría el art. 2 de la Constitución Nacional".

Insiste el mismo doctrinario, esta vez con la irrazonabilidad determinada por la Corte para algunos supuestos objetos de distinción:

- 1) la discriminación en perjuicio del productor independiente devino en relación con las sociedades cooperativas que elaboran un mínimo de un millón de hectolitros, ya que aquel debía pagar \$8 por cada hectolitro de vino elaborado en jurisdicción provincial, que no tributaban las cooperativas;
- 2) el impuesto aplicado por la provincia de Tucumán, con fines regulatorios de la producción y comercialización del azúcar, a los productores sobre el expendio de ese producto en las cantidades que excedieran las cuotas que a cada uno le eran asignadas;
- 3) el impuesto aplicable al cargador o acopiador de carbón que debía tributar el doble de la patente que pagaban las sociedades cooperativas, las cuales, por otra parte, podían cargar sus productos en todas las estaciones ferroviarias, mientras que aquel podía hacerlo sólo en dos;
- 4) la ley 854, del 26 de noviembre de 1923, de la provincia de Mendoza, que al crear la Caja de Pensiones a la Vejez e Invalidez, entre otros recursos, estableció un impuesto a la propiedad raíz con derecho a agua, no cultivada, a las propiedades valuadas en más de \$ 200.000, y de 0,05 centavos por quintal métrico de uva cosechada en la provincia, por considerar que, por tratarse de una iniciativa que cumple propósitos de interés colectivo, debía ser solventada por la generalidad de la población, y no por determinados sectores económicos;

diferencias<sup>88</sup>.

Asimismo, en el momento de la individualización del principio de diversidad cultural, exige que tanto la norma jurídica como la sanción sean proporcionadas al hecho dentro de su cultura específica.

Por lo mencionado y antes de mencionar sus consecuencias debemos profundizar en por qué hablamos de un principio.

Primero, la distinción entre normas y principios constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Constituye, además, un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas iusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras.

Las preguntas acerca de qué es un principio y qué es una regla sólo pueden ser res-

5) el impuesto aplicable a la propiedad inmueble por la Municipalidad de Santa Rosa, que fijaba una cuota referida exclusivamente a la valuación de la propiedad, tasada a precio uniforme por su ubicación dentro de cada una de las ocho zonas en que al efecto se divide el municipio, con prescindencia de la calidad de la tierra, de si está o no edificada, de su destino, etc., ya que ello importa apartarse de la realidad de las cosas y subvertir principios fundamentales sobre los cuales debe reposar la imposición;

6) las ordenanzas impositivas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires de los años 1931 a 1933, que en relación con el impuesto inmobiliario disponían que las obras en construcción seguirían pagando el tributo según la valuación que correspondía al anterior edificio o al terreno no edificado en el cual se efectuaran, ya que situaciones idénticas son tratadas de forma desigual, pues durante el tiempo de la construcción unos propietarios pagarán sobre el valor locativo del edificio demolido y otros sobre el valor locativo atribuido al baldío;

7) el impuesto inmobiliario aplicado a los bienes en condominio según el valor total de ellos, sin tener en cuenta la porción de cada condómino;

8) el impuesto a la herencia graduado según el acervo dejado por el causante, con prescindencia de la parte recibida por cada heredero”.

88- Resulta sumamente interesante la clasificación hecha por Germán J. Bidart Campos, quien reconoce a la igualdad ante la ley en su alcance integral como igualdad jurídica, construida sobre una suerte de triplicidad conceptual: a) la igualdad ante la ley, que permite hablar, extensivamente de b) la igualdad ante la administración: “Cuando los órganos del poder ejercen función administrativa, deben manejarse con la misma regla de no dar a unos lo que se niega a otros en igualdad de circunstancias o viceversa; y de evitar las discriminaciones arbitrarias. Un reglamento, un acto administrativo individual, etc., pueden atacarse por violación a la igualdad si hieren la razonabilidad en la discriminación que llevan a cabo; y c) la igualdad ante la jurisdicción, la que encuentra base más concreta en la constitución. Un primer aspecto de esa igualdad está dado por el hecho de que la constitución obliga a que la ley establezca la unidad de jurisdicción mediante los mismos tribunales para todos los habitantes. Los tribunales creados y preestablecidos de modo permanente por la ley se llaman ‘jueces naturales’.

Nadie puede ser sacado de sus jueces naturales (art. 18), y todos tienen el mismo derecho de acudir ante ellos. He aquí la igualdad ante la jurisdicción. No puede haber quienes sean juzgados por otros jueces -que por no ser los ‘naturales’ se llaman ‘especiales’-, ni a título de privilegio ni a título de castigo. Como privilegio, están abolidos en el art. 16 los fueros personales, que consistían en el derecho de una persona a ser juzgada según condición o profesión por sus pares (fuero militar, fuero eclesiástico, fuero universitario). A título de castigo, están también abolidos los jueces ad-hoc, o ex post facto, y las comisiones especiales (art. 18)”.

Este doctrinario a la par de Lino Enrique Palacio, considera que la ley no puede tratar de modo desigual a quienes se hallan en situaciones similares, ni cuando legisla, ni cuando administra, ni cuando juzga. Así es que el recurso de inaplicabilidad de ley o casación tiende a la unificación doctrinaria para la igualdad legal. Bidart Campos y Palacio entienden que la jurisprudencia contradictoria conculca el principio de igualdad ante la ley y el de unidad del derecho común. Sin embargo, respecto a esto último, la jurisprudencia de la Corte tiene establecido de manera uniforme que la desigualdad derivada de fallos contradictorios no viola la igualdad, y que es únicamente el resultado del ejercicio de la potestad de juzgar atribuida a los diversos tribunales, que aplican la ley conforme a su criterio.

La cuestión, generalmente tratada de modo tangencial, no es menor y merecería un análisis particular y más extenso, del que estoy eximido por no ser el propósito central de esta labor. Sin embargo, quiero destacar la importancia y efecto que las cuestiones interpretativas tienen para las leyes; hay un viejo adagio que indica que las leyes dicen lo que los jueces dicen que las leyes dicen. Imaginemos al Poder Judicial, uno de los tres de un estado republicano, cuya característica central tratase desde su independencia, de lograr que la ley se acate y se cumpla; discurriendo contradictoriamente en temáticas centrales con jerarquía constitucional.

pondidas cabalmente una vez que una y otra han sido distinguidas. Los criterios que se han sugerido para ello son muy variados y hasta cierto punto complementarios<sup>89</sup>.

Pero también debemos diferenciar el principio de las reglas sobre las que Cianciardo nos enseña que: *“Es un lugar cada vez más común afirmar que la distinción estructural de las normas en principios y reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del derecho constitucional.*

*“Se ha insistido con fuerza en ello desde mediados de siglo, insistencia que se ha visto reforzada particularmente durante la década de los ochenta, y la última década.*

*“Según Alexy, la distinción entre principios y reglas: Constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.*

*“Constituye, además, un soporte sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego los derechos fundamentales. Dentro de las normas iusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas. Unas no excluyen a las otras. Las preguntas acerca de qué es un principio y qué es una regla sólo pueden ser respondidas cabalmente una vez que uno y otra han sido distinguidos. Los criterios que se han sugerido para ello son muy variados y hasta cierto punto complementarios.*

*“Quizá el mejor modo de entender el asunto consiste en partir de un ejemplo. Se transcriben a continuación dos normas:*

*“[Norma I:] Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*

*“[Norma II:] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.*

*“Ambas normas forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. La norma I es un principio, la II, una regla.*

*“Las diferencias estructurales entre una y otra se advierten, según la mayoría de los autores, básicamente desde dos niveles de análisis distintos. Cabe examinarlos a continuación, para pasar luego al análisis de una muy interesante crítica que han recibido recientemente:*

*“a) En primer lugar, las normas transcritas son distintas en cuanto a su fuerza deóntica. En efecto, por su propia índole, la prescripción de la norma I (el respeto de la integridad física, psíquica y moral) puede ser llevada a cabo en más o en menos, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento (o de incumplimiento). Lo que la norma ordena es que sea observada en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea optimizada. La norma II, en cambio, ordena un algo que no admite distintos niveles de cumplimiento.*

---

89- Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte de la separación. Es el principal promotor del debate respecto a la distinción entre reglas y principios. Éste construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico y, especialmente, a la versión de H.L.A. Hart, a quien acusa de concebir el Derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que Dworkin denomina su pedigree). Sin embargo, según aquél, cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece haber olvidado. La crítica de Dworkin es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y la tesis de la discreción judicial.

*Puede ser observado o no: no hay puntos intermedios, o el inculpado tiene la asistencia de un intérprete o no la tiene. Esta diferencia es causa de que la interpretación de los principios sea con frecuencia más complicada que la de las reglas. Sobre la base de lo dicho, R. Alexy ha caracterizado los principios como “mandatos de optimización”.*

*“b) Cuando mejor se percibe la diferencia entre reglas y principios es en el momento de su aplicación. Más concretamente, en el momento de su colisión o conflicto con otras normas”<sup>90</sup>.*

Consecuentemente, serán incompatibles con el principio de diversidad cultural el concepto de regla o norma jurídica ya que la fundamentación o agravación de responsabilidad haría imposible su aplicación, así por ejemplo, la negación de la relevancia al error de tipo, al de prohibición y al error sobre la punibilidad, la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en las que la ley no exige su cumplimiento hace repensar dentro de la teoría del delito una ubicación especial para el error que culturalmente condicione al sujeto que realice una conducta típica<sup>91</sup>.

### **IX) Vinculaciones con otros principios**

Para terminar el presente apartado no podemos negar que el principio de Diversidad Cultural también se vincula y debe analizarse conjuntamente con otro principio. Es por ello que siguiendo a Didier analizaremos la vinculación del principio de diversidad cultural con el de igual formal y el de razonabilidad.

Dicha autora nos dice que resulta casi superfluo referirse a la importancia del principio de igualdad en la teoría y práctica del derecho de las últimas décadas, importancia que ha quedado demostrada por la invocación constante que de él hace la jurisprudencia para la fundamentación de las decisiones y por cuanto gran parte de las Constituciones de los Estados democráticos, declaraciones y tratados internacionales, reconocen a la igualdad como un “valor”, como un “derecho”, o como un “postulado deóntico” que merece ser respetado en su aspecto formal y ampliamente promovido en su dimensión material.

Lo mencionado con anterioridad obviamente nos da un panorama de la comunicabilidad y vinculación de principios y en especial en el de diversidad cultural que mencionamos.

De modo casi unánime se ha señalado que el principio de igualdad posee dos dimensiones: igualdad formal, jurídica o de igualdad material, sustancial, real o de hecho, sin que ello sea óbice para reconocer el carácter unitario y dinámico de la igualdad, como valor y principio ético, político y jurídico que presenta dos vertientes, pero que no son incompatibles, sino complementarias entre sí.

*“La igualdad de iure se identifica con el principio de igualdad ante la ley, el que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica, obligando al creador de la norma a no efectuar discriminaciones arbitrarias o irrazonables: b) igualdad frente a la*

90- Cianciardo, Juan. “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, pp. 891-906, 2003.

91- Bacigalupo en su obra “Principios constitucionales de derecho penal” se propone destacar conceptos que considero aplicables, en mayor o menor medida, a los indígenas y a todo sujeto culturalmente diferente. En tal sentido, la Constitución de Paraguay dispone: “En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena” (art. 63 “in fine”). Por su parte, la Constitución de Colombia estatuye: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (art. 246). Similares previsiones contienen las Constituciones de México (art. 4, párrafo 1º, disposición final) y Bolivia.



*norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como fundamentales o como derechos humanos básicos .*

*“La igualdad de hecho atiende a las condiciones de los sectores menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a los hombres un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, como así también gozar de una igualdad de oportunidades*

*“En el presente trabajo se desarrollarán algunas de las exigencias que plantea el principio de igualdad en una de sus dimensiones, denominada igualdad formal, jurídica o de iure. Con relación a tales exigencias, condicionantes de la operatividad de dicho principio, se expondrá que la igualdad supone tanto equiparar como diferenciar, no conformándose con la sola forma lógica y conllevando indefectiblemente la necesidad de una valoración del elemento relevante o criterio de clasificación.*

*“Implicancias del principio de igualdad de derecho en la formulación de las normas jurídicas. El principio de igualdad de iure informa toda creación normativa, vinculando no sólo al Poder Legislativo sino también al resto de los órganos del Gobierno, en tanto éstos también poseen competencia para dictar normas jurídicas.*

*“Como bien señala Alexy, el principio de igualdad no se limita a una práctica universalista de decisión, puesto que si así fuera ‘la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’. La máxima de igualdad no se conforma con la sola forma lógica, sino que requiere de una valoración del contenido de la norma; es así que la fórmula mencionada sólo puede referirse a una igualdad y desigualdad valorativa.*

*“El profesor Pérez Luño ha sostenido que la igualdad de iure supone diversas exigencias, entre las que cabe mencionar la equiparación y la diferenciación. En efecto, ello es lo que se desprende de la conocida fórmula clásica de justicia conforme a la cual ‘hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’”<sup>92</sup>.*

En este sentido ha sido afirmado por Didier que la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno clasifica a fin de distinguir, en sus reglas o programas, entre personas que deberían ser consideradas como similarmente situadas en los términos de los principios relevantes de la igual protección, los que están muy vinculados con la posibilidad de que las mismas personas puedan exigir el respeto a su diversidad.

También puede ocurrir que la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno omite clasificar, con el resultado de que sus reglas o programas no distinguen entre personas de varias culturas, para los propósitos de la igual protección.

Así deberían ser consideradas como diferentemente situadas ante una situación fáctica tal como la Corte Suprema de los Estados Unidos observó en *Jennes vs. Fortson*<sup>93</sup>.

*“Se puede ver entonces, que el principio de igualdad no prohíbe diferenciar, sino que ‘...impone una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar lo que antes hemos llamado las Condiciones de Aplicación, es decir, sobre el conjunto de criterios de clasificación’.*

*“Dado que no existe una relación de igualdad o desigualdad absoluta en el ámbito de lo real (el principio de igualdad ‘... implica un juicio de equiparación de una pluralidad de*

---

92- Didier, Ob. Cit.

93- 431 US 403 (1977).

*objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aún admitiendo su disparidad en otros (a=b)'. La equiparación, basada en la existencia de rasgos comunes, supone '... una cierta abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece'*"<sup>94</sup>.

El principio de igualdad exige también el trato diferenciado, ya que la igualdad entendida mecánicamente en el caso de los pueblos originarios y aplicados de manera indiscriminada sólo como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales.

Así la exigencia de diferenciación supone determinar las características, rasgos o situaciones estimadas como mecánicas del principio de diversidad cultural como relevantes para impartir un tratamiento diferenciado.

Dichas características o situaciones, constituyen el "*tertium comparationis*" bajo el cual es observado lo que se ha de comparar el núcleo central que presenta el principio de igualdad si es que se lo quiere dotar de contenido y no reducirlo a una fórmula universalista de decisión con un balanceo con el de diversidad cultural.

Ello consiste en determinar qué rasgos, características o criterios se consideran relevantes para justificar un tratamiento entre culturas iguales diferenciado o irrelevante para fundar un trato igual.

Dicha determinación de la relevancia de los criterios escogidos en las clasificaciones culturales se debería expresar como un examen de razonabilidad de las distinciones formuladas por el creador de la norma, examen que a su vez implica la ponderación de medios al decir de Didier de la valoración de fines y la consideración del contenido de los derechos, tal como seguidamente se explicará.

*"El juicio de razonabilidad de las clasificaciones normativas pone de relieve la estrecha vinculación entre las exigencias de los principios de igualdad y razonabilidad, lo que es destacado por Alexy, quien basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, propone el siguiente enunciado: 'Si no hay ninguna razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual'. Más adelante especifica que 'para exponer que algo tiene o no la propiedad de ser una razón suficiente para una diferenciación, pueden aducirse argumentos muy diferentes. Esta argumentación puede ser estructurada dentro del marco del modelo de principios que (...) implica la máxima de proporcionalidad'. La máxima de proporcionalidad en el Derecho europeo continental, a la que hace referencia Alexy, es denominada en el Derecho argentino y norteamericano: máxima o principio de razonabilidad, el que presenta tres dimensiones bajo la forma de subprincipios o juicios: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad stricto sensu.*

*"El juicio de adecuación, '...establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado'. Con relación al subprincipio de necesidad, se sostiene que 'la restricción impuesta por la norma será necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia'*"<sup>95</sup>.

Por último la razonabilidad stricto sensu consiste en exigir un razonable equilibrio o re-

94- Didier, Ob Cit.

95- Ibidem.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

lación entre las ventajas obtenidas y los perjuicios ocasionados con la medida legislativa en el caso de las comunidades originarias además con la dinámica específica, de modo tal que los beneficios para el interés público no van ser proporcionalmente mayores a las restricciones y limitaciones en los derechos fundamentales en juego.

Si bien entendemos que juicio de razonabilidad stricto sensu en la cuestión indígena corre el riesgo de ser reducido a un cálculo utilitarista ya que se puede caer en un mero balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción. Podemos analizar que, trayendo como consecuencia que los derechos fundamentales de los pueblos originarios pierdan su carácter de barrera infranqueable, para el poder la dinámica del juicio de razonabilidad debe valorar el riesgo de la cuestión multicultural de derechos.

*“Por ello, y a fin de preservar el carácter inviolable de tales derechos, cierta doctrina ha sostenido que la razonabilidad stricto sensu presupone: ‘a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora restringe las normas iusfundamentales en un grado tolerable teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido’. De este modo, ‘lo primero es comprobar que no se ha afectado el contenido del derecho. A partir de ahí se efectuará el balanceo de ventajas y cargas’”<sup>96</sup>.*

Por lo tanto, una medida legislativa que tenga relación con los pueblos originarios sólo podrá ser considerada razonable si no viola el contenido esencial o sustancial del derecho en juego entre los principios de igualdad y diversidad cultural tal como se infiere señalándose los diversos niveles de intensidad en el análisis de la razonabilidad de las diferenciaciones, según los criterios de clasificación empleados por el creador de la norma.

## **X) Conclusiones**

Para finalizar este apartado afirmaremos como conclusiones lo que ya hemos sostenido:

*“El reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en la reforma constitucional de 1994 plantea sin lugar a dudas un desafío para el pensamiento jurídico actual, ya que al existir una instancia jurídica y política que reconfigurar, el concepto de igualdad en el marco de nuestra vida democrática, incorporando así las particularidades históricas y culturales de las comunidades de los pueblos originarios, nos lleva a un mutuo reconocimiento de la diferencia, a partir del cual distintas identidades debieran tener el mismo valor.*

*Asimismo, se necesita compartir normas, valores y principios, mediante los cuales estas identidades y ciudadanos se manifiestan implícita o explícitamente como iguales en las diferencias”<sup>97</sup>.*

---

96- Ibídem.

97- Lezcano, Juan M. “Vinculación del principio de igualdad y el multiculturalismo: el caso de los pueblos originarios” en Diario La Ley Suplemento de Actualidad. 28/06/2012.

# Capítulo V

## La propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Unificado y su regularización en el anteproyecto: caracteres y límites

### I) Introducción

Debemos advertir que en el presente capítulo analizaremos lo regulado en el anteproyecto del código unificado donde se reguló extensamente el derecho real de la propiedad comunitaria, lo que fue modificado al decir de Lorenzetti, en la sanción del código nuevo es una versión adelgazada del anteproyecto.

Frente a estas circunstancias creemos que debemos analizar dichas características del anteproyecto para así entender esta forma de dominio en el nuevo código, es dable aclarar que sólo tiene su referencia normativa en el artículo 18 que reza: *“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”*. Esta única regulación en el código unificado creemos hace necesaria la sanción de una ley especial que regule in extenso el derecho real mencionado y que tiene una íntima relación con algunos aspectos de la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

### II) Características de la Propiedad Comunitaria en el Proyecto

Una de las modificaciones más sorprendentes y discutida de la Reforma constitucional de 1994 ha sido la contemplada en el artículo 75, inciso 17, como antes mencionamos, ya que se trata sin lugar a dudas de lo que podríamos llamar una reivindicación histórica<sup>98</sup>. Creemos que el constituyente reconoció un nuevo derecho real, ya que se trata de un derecho real sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra sobre la que recae. La tierra, objeto del derecho, es la cosa en el sentido del artículo 2.311 del C.C., como un indudable contenido comunitario.

Podemos afirmar que presenta semejanzas con el derecho real de dominio pero con peculiaridades propias, ya que es perpetua al igual que lo regulado en el artículo 2.510 del C.C. siendo la propiedad atribuida a la comunidad indígena la que no se extingue por el no uso, ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable

---

98- Alterini, Jorge H.; Coma, Pablo M. y Vázquez, Gabriela A.; Propiedad Indígena, Ed. De la Universidad Católica Argentina, Bs.As. 2005, pág. 85.

ni transmitirse por medio de la vía sucesoria.

Estamos ante la regulación de un derecho constitucional otorgado a las comunidades indígenas que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina.

Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de facultades (disposición, uso y goce), la propiedad indígena no es enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes ni embargos.

La propiedad comunitaria aborígen tiene pues vedada la facultad de disposición, la prohibición de enajenar implica que la comunidad indígena, titular de la propiedad no puede transmitirla a nadie, ni a otras comunidades ni a un miembro en particular de una de ellas, bajo ningún título de transmisión.

Si bien el precepto constitucional contraría el principio de la enajenabilidad del código velezano de la propiedad individual, el cual tiene su expresión en el artículo 2.612 del Código Civil velezano, en el proyecto la tierra comunitaria es indivisible por tener un único sujeto titular de la tierra, la comunidad indígena y su partición es imposible porque tal hecho desnaturalizaría el sentido perenne de la propiedad.

Lo mencionado se aleja pues, en este aspecto, de las peculiaridades propias de los derechos reales hasta ahora conocidos, cuyas cosas además de ser ciertas, determinadas, actualmente existentes, deben encontrarse en el tráfico jurídico.

Analizando el proyecto de plexo normativo podemos criticar algunas cuestiones como la definición la cual nos dice el artículo “2.028.- Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”.

Obviamente que el anterior concepto no lo podemos analizar individualmente del de titularidad mencionado en el “artículo 2.029.- Titular. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad”.

Ahora debemos recordar que si bien la Constitución Nacional ha establecido prohibiciones, tiene un aspecto positivo, que es impedir que los grupos económicos se abusen del estado de indefensión de las comunidades indígenas.

Por ello sí creemos interesante para su análisis la forma de constitución de este tipo de propiedad en el proyecto que en su artículo 2.031 establece “Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

“a) por reconocimiento del Estado Nacional o de los Estados Provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan;

“b) por usucapión;

“c) por actos entre vivos y tradición;

“d) por disposición de última voluntad.”

Cabe remarcar que en todos los casos antes mencionados, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral, lo que creemos poco eficiente si la presente norma tiene en cuenta las características de algunas comunidades originarias, ya

que podemos observar casos de la constante migración de algunos pueblos.

Para terminar este apartado recordamos que si bien el trámite de inscripción es gratuito, no creemos que evitando la ejecución de las garantías se preserve el hábitat natural de los pueblos originarios ya que el desarraigo de sus integrantes muchas veces proviene de otras causas que atentan a la propia característica de este tipo de propiedad<sup>99</sup>.

### III) Límites al derecho real

Por más absoluto que se reputó en el pensamiento liberal el derecho de propiedad (y en este punto nadie avanzó tanto como Vélez, como lo afirma Borda) se hace inevitable reconocer ciertas restricciones y límites, fundados algunos en razones de interés público y otros resultantes de la mera coexistencia del derecho análogo de los vecinos, estas razones si bien también son aplicables a la propiedad comunitaria para ello hay que tomar ciertos recaudos para su configuración.

Así por ejemplo de lo antes mencionado es el reconocimiento de nuestro el Código Velezano, que dedica al tema el título VI del libro tercero, pero creemos que es indispensable decir que después de la reforma de 1968 pesa sobre el propietario una limitación genérica fundada en el nuevo concepto del derecho de propiedad que creemos que ya germina definitivamente en el proyecto de código siendo el anterior razón y origen de esta nueva concepción. Con respecto a las facultades del dominio de la propiedad comunitaria el artículo 2.033 del proyecto faculta a su titular al uso, goce y disposición del bien. Como así también a gravarla con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres.

En el proyecto si bien los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos, éstos deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

También están sujetos a las prohibiciones, ya que la propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía pero para empezar a analizar los límites del dominio tenemos que partir de reenvió del artículo 2036 que establece que: “En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio”, esto hace que las causales de los límites sean las mismas que rigen para el derecho real de dominio contenidas en artículo 1970.

### IV) Adecuación a la Propiedad Comunitaria

Si bien como lo afirma Borda, el código velezano hace necesario desde las observaciones metodológicas formular algunas críticas, creemos que también es necesario pensar aquellas para comenzar con el estudio del proyecto. Si bien Vélez le dedicó un título, dicho título es sujeto a reflexiones ya que como lo afirma Borda “a) Se incluyen en él disposiciones tendientes no a restringir el dominio, sino precisamente

---

99- Artículo 2.032 de proyecto reza “Caracteres. La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria”.

a mantenerlo irrestricto; tales son las disposiciones relativas a la cláusula de no enajenar contenida en un contrato de transferencia que prohíbe al propietario gravar al inmueble con otros derechos reales que no sean los permitidos expresamente por el Código. El objeto de estas disposiciones no es gravar con una restricción el derecho del enajenante o disponente, sino, por el contrario, el de mantener incólume el derecho del actual propietario; b) Se legisla sobre el dominio de las aguas, lo que nada tiene que ver con las restricciones a la propiedad; c) Por último, algunas disposiciones incurren en un detallismo impropio de un Código Civil, estableciendo disposiciones que deben ser materia de reglamentación municipal, tal como ocurre, por ejemplo, con los arts. 2.622 Ver Texto, 2.623, 2.624, 2.658 Ver Texto, 2.659, 2.660, etc.”.

Obviamente que lo afirmado por Borda hace también criticable el reenvío del artículo 1.970 del proyecto mencionado *ut supra*, que hace ineludible adecuar las limitantes al derecho real de dominio al de la propiedad comunitaria, y afirmar que no todas las causales serían aplicables por las características típicas del derecho real legislado.

En el capítulo cuatro del anteproyecto encontramos el mencionado art. 1.970, el cual establece el comienzo de la regulación para los límites del dominio en general que reza:

**“CAPÍTULO 4**

**“Límites al dominio**

**“ARTÍCULO 1.970.- Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.**

**“Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.**

**“ARTÍCULO 1.971.- Daño no indemnizable. Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio.**

**“ARTÍCULO 1.972.- Cláusulas de inenajenabilidad. En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.**

**“En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de DIEZ (10) años.**

**“Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a DIEZ (10) años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de DIEZ (10) años contados desde que se estableció.**

**“En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria.**

**“ARTÍCULO 1.973.- Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores,**

*luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquellas.*

*“Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.*

*“ARTÍCULO 1.974.- Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de QUINCE (15) metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad.*

*“Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violentos de este artículo.*

*“ARTÍCULO 1.975.- Obstáculo al curso de las aguas. Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.*

*“Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.*

*“ARTÍCULO 1.976.- Recepción de agua, arena y piedras. Debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.*

*“ARTÍCULO 1.977.- Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra. Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisorias en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados.*

*“ARTÍCULO 1.978.- Vistas. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de TRES (3) metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de SESENTA (60) centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.*

*“ARTÍCULO 1.979.- Luces. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones,*



**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

*en el muro lindero no pueden tenerse luces a menor altura que la de UN (1) metro OCHENTA (80) centímetros, medida desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura.*

*“ARTÍCULO 1.980.- Excepción a distancias mínimas. Las distancias mínimas indicadas en los artículos 1.978 y 1.979 no se aplican si la visión está impedida por elementos fijos de material no transparente.*

*“ARTÍCULO 1.981.- Privación de luces o vistas. Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.*

*“ARTÍCULO 1.982.- Árboles, arbustos u otras plantas. El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo.”*

Obviamente que todas las causales de límite al dominio no sería aplicables, por eso creemos que las que sí podrían aplicarse son las mencionadas en los artículos 1.970, 1.975, 1.976 y 1.977.

## **V) Conclusiones**

Si bien creemos reconocido el derecho de propiedad comunitario de los pueblos originarios en la Constitucional Nacional, en el nuevo Código -al incluirlo como un derecho real autónomo sin su propio articulado dentro del futuro código legislado *in totum*- se ha estructurado en la plataforma de los derechos reales un derecho real nuevo denominado Propiedad comunitaria Indígena, donde es necesaria la configuración del derecho real o la modificación de su estructura.

Así también sería tangible criticar sobre la convalidación, persecución y preferencia de la dicha propiedad comunitaria y demás requisitos de oponibilidad con más profundidad en una ley especial, como así también un régimen registral inmobiliario específico y de límites diferentes al derecho real de dominio.

# Apéndice de Jurisprudencia

## Antecedentes de los fallos de la C.S.J.N de la cuestión indígena

### I) Introducción

En resumen, en el presente capítulo trataremos de realizar un breve análisis de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación separando dos períodos: la anterior a la Reforma Constitucional del 1994 y los posteriores analizando separadamente los que tienen como parte a comunidades o miembros de pueblos originarios de Misiones.

La razón de conocimiento de estos fallos es que nos ayudarán a indagar en general y en específico el objeto de la presente investigación a través de los criterios del máximo tribunal federal que no sólo implican valores compartidos en la sociedad, sino también instituciones y prácticas sociales comunes.

Ronald Dworkin ha afirmado que los miembros de una cultura poseen un vocabulario compartido de tradición y convención, pero esto nos ofrece una imagen abstracta o etérea de las culturas, a pesar de lo cual muchas veces sirve para observar cómo las instituciones observan o entienden una determinada cultura social.

El vocabulario compartido es el léxico cotidiano de la vida social integrado en prácticas que abarcan la mayor parte de las áreas de la actividad humana de una determinada cultura tal como también lo implican los autores elegidos en el marco teórico elegido con construcciones teóricas similares.

Para concluir esta introducción es necesario sostener que en el mundo moderno, la integración de una cultura en la vida social significa que ésta debe integrarse en las instituciones, es decir, en las escuelas, los medios de comunicación, el Derecho, la economía, el gobierno y esa integración debe ser efectiva en tanto se integren criterios multiculturales a dichas instituciones<sup>100</sup>.

### II) Los pueblos originarios ante la Corte Suprema de Justicia (1863/1994)

Los fallos de análisis del presente apartado están integrados por los criterios, jurisprudencia, normas nacionales y la doctrina citada por los ministros del alto cuerpo judicial entre 1863/1994; identificando las peculiaridades de la función judicial en casos en que los integrantes de pueblos originarios que se sometieron a la Corte Suprema de la Nación para dirimir sus conflictos.

Al instante de haber examinado la normativa relativa a los pueblos originarios en la Constitución Nacional de 1853/60, en este capítulo abordaremos el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborada en torno a ella, desde su creación en 1863 hasta la Reforma Constitucional de 1994.

---

100- Dworkin, Ronald. "A Matter of Principle", p. 231, Londres, Harvard University Press, 1985.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

Para la elección de los fallos recurriremos a los índices de los tomos de Fallos de la Corte y al buscador de su página web ([www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)). También nos fueron de gran utilidad los trabajos de la doctrina nacional que mencionaremos como cita en los fallos.

Los fallos incluidos son aquellos en los que indígenas o comunidades originarias han tenido un papel relevante en el pleito, sea como parte actora o demandada, imputada, víctima de un delito, etc. Los cuales son necesarios para analizar los diferentes períodos del alto tribunal y sus criterios, separando obviamente los de la provincia de Misiones para un análisis detallado.

Dado el escaso número de decisiones registradas en este período y la variedad de los temas que abordaron, realizamos un estudio individual de los casos y finalizamos el capítulo con una referencia conjunta de los mismos.

### **Análisis individual de los fallos**

- Criminal, contra el indio Julio Gelabert; por homicidio de la india Teresa (11/10/1887). Fallos 32:208

El Sr. Julio Gelabert fue procesado por el juez letrado del Chaco y luego condenado a tres años de prisión por haber cometido el delito de homicidio precedido de provocación de la víctima quien era su concubina en 1885<sup>101</sup>. Según confesó el imputado, se hallaba solo en el monte talando pindó por orden de su patrona cuando apareció Teresa con un cuchillo de la mano y le preguntó por qué no la quería más, a lo que le contestó que lo hacía porque lo había enfermado de un mal venéreo.

Acorde su relato, ella le tiró una puñalada que le perforó la camisa y, luego de una lucha, él logró inhibir el arma blanca y arrojarla al monte, tomar un palo y golpearla en la cabeza, huyendo subsiguientemente por temor a la venganza de sus compañeros de toltería.

Para el juez chaqueño, no fue posible investigar con mayor éxito la naturaleza del hecho por el largo tiempo transcurrido desde la comisión, por la "...ignorancia de los Indígenas, por su resistencia pocas veces superable, a manifestarse con espontaneidad ante las autoridades, que tienen un origen para ellos odioso...", por su desconocimiento del idioma nacional o su defectuosa expresión y comprensión, por la dificultad de traslación al lugar del hecho o de comparecencia de los testigos y por los escasos elementos con los que contaba la Justicia.

No obstante, indicó que el hecho en cuestión permanecía incluido en el art. 97 del Código Penal de 1886: "La pena será de tres años de prisión si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves", sin que el imputado estuviera amparado por la excepción de la legítima defensa ya que no se demostró que hubiera estado forzado a emplear el medio usado para garantizar su existencia" (art.81 de Código Penal de 1886).

---

101- Recordemos que la legislación penal tenía un antecedente, el Proyecto de 1881 (03-01-1880), redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, encargados de examinar el Proyecto Tejedor por el Poder Ejecutivo Nacional, predomina la influencia del Código español de 1870. Córdoba lo adoptó como código penal, con algunas modificaciones (14-08-1882). Presentado este proyecto a la Cámara de Diputados (11-05-1881) no fue aceptado, y el Congreso terminó por sancionar sobre la base del Proyecto Tejedor, el primer Código Penal para la Nación (Ley 1.920 – 07-12-1886). Este Código Penal entró a regir el 1 de febrero de 1887. Siguió el molde de las legislaciones clásicas. No incluye la legislación penal en su totalidad, sino que deja al margen, contenido en la Ley nº 49, la legislación federal sobre crímenes y delitos contra la Nación.

Esta decisión fue apelada ante la Corte, quien confirmó la sentencia recurrida por los fundamentos expuestos por el procurador general y este último señaló que la decisión del juez chaqueño era fundada ya que, al haberse causado el delito en la espesura del bosque y sin testigos, de no haber sido por la declaración del imputado no hubiese sido posible responsabilizarlo.

Igualmente, puntualizó que en la causa se habían excedido los límites de la legítima defensa porque al haberle sido quitado el cuchillo a la víctima, no había sido necesaria su muerte.

Finalmente, arrojó el accionar del Sr. Gelabert al furor del que estaba poseído y no a la necesidad de evitar un peligro, lo que lo llevó a dar un golpe de tanta ferocidad que produjo la muerte de su concubina.

Ingresando al caso, éste se originó a finales del siglo XIX en la provincia del Chaco, cuando las comunidades indígenas de la zona aún resistían la expansión del dominio estatal y la cultural blanca.

En el fallo del juez de primera instancia, confirmado por la C.S.J.N. se alude claramente a un territorio en el que el poder estatal aún no había penetrado. El homicidio de la víctima tuvo lugar en el bosque, sin testigos, asignándose así un valor fundamental a la declaración del enjuiciado dado que la investigación no fue exitosa por la "... imposibilidad de la traslación al lugar del hecho..." y la resistencia de los indígenas a la autoridad.

Por ello el fundamento principal es que la coexistencia de "dos mundos, diferentes y separados" hace las decisiones de los magistrados intervinientes, quienes encuadraron la conducta delictiva en la figura del homicidio con ofensas o injurias graves de la víctima (art. 97 CP., 1886), cuya pena era una de las más gravosas previstas para este tipo de delitos. Cabe preguntarse qué hubiese sucedido si la víctima no hubiera sido indígena.

- Recurso de hábeas corpus a favor de indígenas contratados por don José Podestá (3/10/1899). Fallos 81:246

El Ministerio de Justicia e Instrucción Pública había alojado momentáneamente en entidades de su dependencia a un grupo de indígenas con el objeto de averiguar si la intervención del Defensor de Pobres, Menores e Incapaces del Territorio Nacional de Formosa -que había celebrado un contrato de locación de servicios entre aquél y don José J. Podestá- se ajustaba a los preceptos constitucionales y a los decretos que regulaban la materia.

Contra dicha medida, el Sr. Podestá interpuso un recurso de hábeas corpus a favor del grupo de indígenas. El juez federal de Buenos Aires en su resolución del 7/9/1899 concibió que el alojamiento en cuestión era una verdadera restricción de la libertad personal de indígenas dado que no se les permitía abandonar el local de reclusión para poder cumplir el contrato que se había celebrado a su nombre de asistir en el exterior a la Exposición de 1900.

Se admitió el recurso de hábeas corpus y ordenó la inmediata libertad del grupo de indígenas en cuestión. Contra dicho pronunciamiento se interpuso un recurso de apelación ante el máximo tribunal federal. Conforme expuso la Corte Suprema de Justicia, en mayoría, el recurso de hábeas corpus no podía planear con el fin de investigar y apreciar derechos

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

emergentes de los contratos, por lo que no podía prosperar en defensa de los derechos personales del St. Podestá.

En tales circunstancias, revocó la sentencia apelada y no hizo lugar al hábeas corpus, con fundamento en que el alojamiento cuestionado no tuvo como fin restringir la libertad de los indígenas, sino protegerla.

En su voto en disidencia, el doctor Octavio Bunge opinó que el Ministerio de Justicia no estaba facultado para intervenir en los contratos celebrados por los particulares ni para revisarlos, aun cuando se tratara de menores capaces, porque la ley no le encargaba su representación, sino que para este fin se habían creado funcionarios especiales.

Puso de manifiesto que los mismos indígenas deseaban cumplir con el contrato celebrado dado que ni ellos, ni sus representantes legales, dedujeron acción tendiente a desvirtuar sus efectos y además se trasladaron a la capital sin prestar resistencia ni oposición. Consecuentemente interpretó que no habiendo expresado el Ministerio de Justicia causa legal alguna para la detención, ésta debería cesar.

Por ello, la Corte Suprema los consideró como personas capaces, pero admitió que necesitaban una protección especial. En la época, no hubo unanimidad respecto a dicha cuestión.

- Contienda de competencia entre el juez de Salta y el tribunal militar de la capital para entender en la causa criminal seguida contra el teniente José Joaquín Ávalos por la Matanza de Indios (23/08/1904, Fallo 100:233)

En este precedente encontramos al teniente José Joaquín Ávalos que se encontraba detenido por mandato del juez de Instrucción Militar, como derivación de la denuncia efectuada en su contra por la matanza de indios en el paraje Mundo Nuevo (provincia de Salta), perpetrada por fuerza bajo su mando en el mes de noviembre de 1902.

Al citado militar se le había encomendado prestar auxilio a los pobladores de la región en caso de que surgieran problemas con los indígenas, por lo que ante las denuncias de robos al noroeste de Victorica, se dirigió allí con un conjunto de hombres a su cargo "... convencido de la culpabilidad de los indios" -según declaró ante su superior- desató una matanza feroz en la que también participaron civiles.

En ese contexto, Ávalos interpuso una contienda de competencia por inhibitoria entendiendo que la justicia ordinaria era la competente para juzgarlo. El juez de instrucción en lo criminal de Salta en el resolutorio del 13/04/1904, consideró que el delito imputado no estaba sujeto en la jurisdicción militar, conforme disponían los art. 127 y 515 del código de Justicia Militar vigente en esa época<sup>102</sup>.

En esas circunstancias, la causa fue remitida a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que enmarcó la infracción como un delito militar ejecutado por el comandante de un

---

102- El 6 de agosto de 2008 el Congreso Nacional sancionó la Ley Nro. 26.394 disponiendo la derogación del antiguo Código de Justicia Militar que databa de 1951 y la reforma integral del marco legal de la justicia militar, tarea pendiente desde el retorno a la democracia.

Los delitos cometidos por militares serán juzgados según el Código Penal en tribunales de la Justicia ordinaria. Junto con la finalización del fuero especial de que gozaban los miembros de las Fuerzas Armadas, la derogación de la Justicia Militar significó también el fin de la pena de muerte, prerrogativa de los tribunales militares.

La derogación del Código de Justicia Militar también está relacionada con la plena aceptación y vigencia en la legislación nacional de los pactos internacionales suscritos por el país en materia de derechos humanos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994.

destacamento con la tropa puesta bajo sus órdenes, en actos de servicio (art. 872 del Código de Justicia Militar) interpretando que tal situación no se modificaba por el hecho de haber participado también particulares en su comisión, ya que el art. 127 de dicho cuerpo -que hacía referencia a tal situación- no era aplicable al de un delito común.

Señaló: “... el hecho que motiva este proceso ha sido penado por el Código de Justicia Militar y afecta profundamente la moralidad y la cultura del ejército de la Nación, por lo que juzgamiento y represión deben ser atribuidos a los Tribunales, leyes y reglamentos destinados, con arreglo al artículo 67 inciso 23 de la Constitución, a mantener la organización y disciplina de esta institución (artículo 7 de la ley núm. 48; artículo 119, inc. 3 y artículos: 515 y 709 del Código de Justicia Militar)”.

Por lo mencionado, declara el conocimiento de la causa al Consejo Permanente Mixto para Generales y Oficiales. En este resolutorio la Corte, al determinar el órgano competente para juzgar la matanza de indios perpetrada, expresó también una condena a este tipo de episodios considerando que afectaban profundamente la moralidad y la cultura del Ejército Nacional. Una vez incorporados los territorios de las comunidades originarias al Estado argentino la justificación de la violencia en su contra había desaparecido.

- Don Lorenzo Guari y otros contra la Provincia de Jujuy, sobre reivindicación (9/9/1929). Fallos 155:302

Los representantes de un grupo de indígenas argentinos, chilenos y bolivianos se presentaron ante la Corte Suprema de Justicia invocando ser poseedores de tierras en las provincias de Salta y Jujuy -de las que invocaron haber sido despojados por actos de particulares y de autoridades estatales-, plantearon acción reivindicatoria de los territorios de Cochimoca, Casabindo y veinte leguas a la redonda de sus pueblos coterráneos contra la provincia de Jujuy que los detenía y solicitaron, en forma accesoria, daños y perjuicios.

Invocaron a su favor lo dispuesto por el art. 1 de la Carta Magna, los arts. 2 a 7 inciso 1 de la Ley 27<sup>103</sup>, el art. 1 in fine de la Ley 48<sup>104</sup>, art. 2 de la Ley 4.055 y los arts. 2.756,

---

103- La Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional (15/10/1862) dispone:

Art. 2º. Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

Art. 3º. Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.

Art. 4º. Conoce y decide en todos los asuntos regidos por la Constitución y Leyes Nacionales, y en todas las causas expresadas en los artículos 100 y 101 de la Constitución pero cuando fuere llamada, de conformidad con el artículo 100, a juzgar entre vecinos de diferentes Provincias, lo hará con arreglo a las respectivas leyes provinciales.

Art. 5º. No interviene en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de Provincia no se halle interesada la Constitución ni ley alguna Nacional.

#### CAPITULO II

De la Corte Suprema

Art. 6º. La Justicia Nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco Ministros y un Procurador General.

Art. 7º. La Corte Suprema conoce: 1º originaria y exclusivamente, de las causas concernientes a Embajadores, Ministros, Cónsules y Vicecónsules extranjeros, y en las que alguna Provincia fuese parte. 2º En el grado de apelación o nulidad, de las causas que, con arreglo al artículo 22, corresponden a los Juzgados de Sección, y de las que le vayan de los Tribunales Superiores de Provincia, con arreglo al artículo 23. 3º En grado de revisión de las causas que quedan expresadas en el inciso 1º de este artículo según las reglas que establezca una ley especial, que la misma Corte propondrá al Congreso, por conducto del Poder Ejecutivo.

104- Artículo 1º. La Suprema Corte de Justicia Nacional conocerá en primera instancia:

1º De las causas que versan entre dos o más Provincias, y las civiles que versen entre una Provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros.

2º De aquellas que versen entre una Provincia y un Estado extranjero.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

2.758, 2482 y 4.006 C.C.

Según sostuvieron:

A) Tenía una posesión efectiva, tradicional (art. 4.000 C.C.), la cual les era disputada en forma violenta, siendo además esta legítima y a título de diseño.

B) En el régimen incásico al que Cochinoca, Casabindo y Humahuaca estuvieron sometidos, las comunidades indígenas eran propietarias del suelo que poblaban y cultivaban.

C) Las encomiendas no comprendían el suelo que era de los indios.

D) Las ordenanzas de Don Felipe II, Don Carlos II y Don Felipe ordenaban que se cuidara a los indios, se conservara su ganado y tranquilidad de sus tierras.

E) Varias Leyes de la Recopilación de Indias disponían que se debía respetar a los indios en la propiedad de sus tierras, por lo que la posesión y propiedad aborígen no podía suponer el dominio directo de la Corona podía existir un derecho de reversión a los países independizados de España porque no lo había de lo ajeno.

F) No podían verse perjudicados por el fallo de la Corte Suprema en los autos “Provincia de Jujuy contra los Sucesores de Campero” (1877) referido a las tierras de Cochinoca y ,porque no fueron parte en el pleito.

G) El derecho eminente, soberano, se ejercita donde no hay dominio conocido y demostrable (art. 2342 C.C.), lo que no sucedía en autos pues no se trataba de tierras sin dueño.

H) La provincia de Jujuy no actuó respecto de este territorio como poder público pues jamás promovió el interés general y colectivo, sino como persona jurídica que manejaba intereses privados, que vendía, remataba y transaba.

Con posterioridad, la demanda fue ampliada contra la Nación y la provincia de Salta, lo que fue declarado improcedente por lo que ésta se limitó a la provincia de Jujuy. Esta última, al contestar el traslado corrido opuso las excepciones de prescripción y de falta de acción, fundadas en la inexistencia del derecho como en la carencia de título hereditario de los actores.

En tal sentido, argumentó que debía rechazarse la demanda, por cuanto:

A) En el Imperio Incaico no existía propiedad individual territorial y, de haber existido, los actores tendrían que probar el carácter hereditario de los primeros pobladores de las tierras que reivindicaban, sobre todo después del fallo recaído en los autos: “Jujuy el Campero”.

B) Conforme el derecho colonial español, no tenían los actores el derecho que invocaban ya que, según enseñaba Solórzano y disponía la Recopilación de Indias, las tierras, los pastos, los montes y las aguas públicas eran del rey, como antes lo eran de los incas del Perú. Los encomenderos tenían el beneficio o dominio útil de los indios y las tierras, conservando la monarquía el dominio directo conforme jurisprudencia de la Corte.

C) Tras la independencia, las nuevas naciones americanas se constituyeron en sucesoras naturales y directas del patrimonio real y, conforme el régimen constitucional y legal, las provincias tenían el dominio de todas las tierras que antes se reconocían a la Corona o que no tenían otro dueño particular (art. 1 de ley 28<sup>905</sup>, de 1862 y art. 2.342 C.C.).

---

<sup>3</sup>° De las causas concernientes a Embajadores u otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos, del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes.

<sup>4</sup>° De las causas en que se versen los privilegios y exenciones de los Cónsules y Vicecónsules extranjeros en su carácter público.

105- El art. 1º de la ley 28 reza: “Todos los territorios que existan fuera de los límites, o posesión de las provincias aunque hubiesen sido enajenados por los gobiernos provinciales desde 1º de mayo de 1853”.

D) En el fallo de la corte : “Jujuy c/Campero” de 1877, se reconoció a Jujuy el dominio pleno y la jurisdicción sobre Cochinoqa, Casabindo y 20 leguas a la redonda.

Para finalizar, para la Corte, no hubo en Perú y sus dependencias otro propietario territorial efectivo que el Inca. Las comunidades indígenas, como las de los actores, sólo tenían sobre una tercera parte una especie de dominio útil o usufructo, entendido éste como “... el derecho a percibir todos los frutos de una cosa bajo alguna prestación o tributo que se paga al que conserva en ella el dominio directo...”.

En la causa de los indígenas de Casabindo y Cochinoqa, indicó que éstos pagaban tributo al marqués de Yavi, encomendero representante del rey, quien tenía el dominio directo sobre dichas tierras.

En ese hilo de razonamiento, apuntó que la Nación argentina sucedió a España en tal dominio y, subsidiariamente, las provincias a la Nación conforme lo establecido por la Constitución y el art. 1º de la Ley 28 y lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia de dicho tribunal.

Agregó luego que los actores carecían de acción por falta de derecho, puesto que no aportaron título o dominio individual del territorio que reivindicaban, ni demostraron vinculación solidaria con las comunidades que decían representar, porque estas últimas tuvieron sólo el dominio útil (art. 2661 C.C.) y porque el régimen civil únicamente reconocía la propiedad comunitaria que se constituía por contrato, por actos de última voluntad o por precepto legal (art. 2675 C.C.), no habiendo ninguna ley que consagrara esa condición en las tierras objeto del litigio. Remarcó, además, que el espíritu de la legislación era contrario a la indivisión forzosa y permanente (arts. 2.692, 2.693, 2.694 y conc. con los arts. 2.612, 2.613 y 2.614 C.C.).

Con relación a las comunidades indígenas, la Corte expuso que éstas carecían de personería jurídica para actuar en juicio porque no eran personas de existencia necesaria ni posible para el Código Civil, ni habían sido reconocidas legalmente durante la Colonia. Por las consideraciones así expuestas, el máximo tribunal declaró que Jujuy era la propietaria de las tierras cuestionadas.

Como conclusión la Corte reflexionó que las vehementes y reiteradas invocaciones de los actores respecto de la injusticia que agravaba a los pobladores indígena, despojados de sus tierras, hogares y bienes, no eran indiferentes para el Tribunal, pero que no estaba en el radio de sus facultades, marcado por Constitución y leyes, ponerle remedio.

Podemos observar que la Corte fijó su postura con relación al dominio de los territorios de las comunidades indígenas, entendiendo que con la conquista su dominio directo había pasado a la Corona española, mientras que su usufructo lo mantuvieron los indios. En el caso de las tierras encomendadas, los encomenderos tenían sobre ellas el poder de administrarlas y de disponer de su producido, sin que hayan sido considerados como propietarios.

Con la emancipación, según explicó, todas las tierras pasaron a la Nación y luego a las provincias. De esta manera, se justificó el dominio del Estado sobre su territorio y se validó el despojo sufrido por las comunidades originarias.

Asimismo, observó que la propiedad comunitaria no estaba receptada en el ordenamiento jurídico sino que, por el contrario, era contraria a las disposiciones del Código Civil en la materia.



No había cabida así para la existencia de un pluralismo jurídico dentro del Estado y aunque en los hechos los pueblos indígenas mantuvieron una relación comunitaria con los territorios que lograron mantener y que les fueron “adjudicados” a título diverso, ésta no fue reconocida por el derecho por más de un siglo.

Con relación al tema de la personalidad jurídica de las comunidades, es dable señalar que a diferencia de lo acontecido en los Estados Unidos de Norteamérica, donde las tribus indígenas fueron mencionadas expresamente en el texto de la Constitución (art. 1, Sección 8, Cláusula 3) y consideradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema como verdaderos cuerpos políticos, naciones domésticas dependientes en estado de puplaje (“The Cherokee Nation v. The State Georgia” 1831, “Worcester v. The State of Georgia” 1832) en la Argentina la Carta Magna no hizo referencia alguna a éstas y el máximo tribunal federal les negó el carácter de persona jurídica.

Como consecuencia de ello, las comunidades indígenas argentinas no fueron consideradas como titulares de derechos y sólo pudieron presentarse ante la justicia planteos de tipo individual, quedando al margen de la tutela de los órganos jurisdiccionales los que no lo fueran.

- Domingo Sitaloic (18/6/1948). Fallos 211:340

El Sr. Domingo Sitaloic o Silatoic, indígena, fue condenado a la pena de reclusión perpetua por la Cámara Federal de Paraná por el homicidio y violación de una menor de nueve años ocurrida en la Misión Laishi, localidad de Presidente Irigoyen, entonces territorio nacional de Formosa, en 1942.

Tanto de la indagatoria policial como de la confesión judicial del imputado, surgía su exclusiva responsabilidad en el hecho, por lo que la defensa se limitó a invocar como atenuante la ebriedad y el grado de “absoluta incultura del autor” en contra de la decisión condenatoria. En su pronunciamiento, la Corte sostuvo que se encontraba acreditado que el Sr. Sitaloic bebía habitualmente, por lo que no podía considerarse involuntaria la ebriedad del día del crimen.

En cuanto a la “absoluta incultura” y a la ausencia de fin moral, manifestó que dichas defensas eran improcedentes frente a un hecho de tal gravedad. Asimismo, afirmó que estaba suficientemente probada su relativa capacidad para comprender y dirigir sus acciones, ya que del informe pericial surgió que era una persona que gozaba de salud física y psíquica, pudiendo ser considerado responsable de sus actos.

Por ello, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. En esta causa, encontramos un antecedente remoto de las corrientes doctrinarias que plantean la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado al hecho delictivo cometido por un miembro de una comunidad indígena.

Lo curioso del caso es que el fundamento de la consideración especial que requería la defensa no fue la pertenencia del imputado a otra cultura -igualmente valiosa- que le impedía comprender la antijuridicidad de conducta, sino su “grado de absoluta incultura” o, lo que es lo mismo, su carencia de cultura.

Las expresiones empleadas en el fallo evidencian claramente la visión que se tenía en la época de la presencia de otras culturas dentro de la comunidad estatal. Los aires de

superioridad con los que se observa a las culturas indígenas llegan incluso a negar su propia existencia. Si no se pertenecía a la cultura dominante no se tenía cultura alguna.

- Abdón López (21/7/1969). Fallos 274:169

El Sr. Abdón López interpuso acción de amparo contra lo dispuesto por el Consejo Agrario Provincial que dispuso -sin orden judicial- el desalojo de 3.000 animales lanares de la reserva indígena tehuelche de Camusu Aike, situada en la zona sur del río Santa Cruz.

El Consejo dictó dicha medida por considerar que el número de animales era excesivo en relación a la cantidad de habitantes de los lotes -que podrían invocar igual derecho- y perjudicial para la productividad del suelo.

A la vez, estimó que los animales no eran en realidad propiedad del Sr. López, sino de un tercero no aborigen, quien había intentado utilizar en su provecho las tierras fiscales de la reserva.

En un primer momento se hizo lugar al amparo, pero el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz revocó tal decisión por considerar que la resolución atacada, resultaba legítima ya que las tierras de la reserva eran del dominio público de la Provincia en su carácter de sucesora del Estado. Contra dicho resolutorio el actor interpuso recurso extraordinario sosteniendo que el acto impugnado había sido dictado por autoridad incompetente, dado que el trato con los indios era facultad delegada al gobierno nacional (art. 67 inc. 15 C.N.) e implicaba una violación a sus derechos de propiedad, de igualdad ante la ley, de asociarse con fines útiles y de hacer lo que la ley no prohíbe (arts. 17, 16, 14 y 19 C.N.).

La Corte, en su voto mayoritario, analizó quién era la autoridad competente para el dictado de la medida impugnada en autos. En primer término, precisó que la tribu indígena a la que pertenecía el Sr. Abdón López tenía un permiso de ocupación sobre las tierras fiscales en virtud de lo dispuesto por decreto del Poder Ejecutivo Nacional el 11 de Enero de 1898 que encomendaba además la vigilancia de dichas parcelas a la Gobernación del territorio.

Con relación a la competencia provincial para el dictado de la medida, puntualizó que: *“...contrariamente a lo que pretende el recurrente, no está aquí en juego la disposición del artículo 67, inc. 15, de la institución en cuanto encomienda al Congreso conservar el trato pacífico con los indios, porque no se trata de actos de política vinculada a su reducción y asimilación, sino de medidas tendientes al razonable y adecuado aprovechamiento de las tierras fiscales y al cumplimiento de una limitación impuesta al otorgarse el permiso de ocuparlas. No está referida por la autoridad provincial la potestad delegada en la Nación relativa al trato pacífico con los indios; sólo hay el ejercicio por parte de la Provincia de derechos emanados de la titularidad del dominio y la naturaleza del acto administrativo impugnado no guarda vinculación directa e inmediata con la disposición institucional invocada....”*.

El Dr. Marco Aurelio Risolía autor del voto en disidencia- luego de remarcar que en nuestro país el indígena era igual en derechos al resto de los habitantes de la Nación en virtud de lo dispuesto por el art. 16 de la Carta Magna efectuó un análisis del art. 67 inc. 15 de la ley fundamental.

Para el mencionado magistrado, esta norma: *“Sólo apuntó al trato colectivo con el*

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

*indio, en tanto resista las instituciones de la República y comprometa la paz interior; por que incorporados a la vida nacional e individualmente considerados, no cabe duda que son para nuestra Ley Suprema personas con todos los derechos civiles y políticos propios de la condición de ciudadanos y habitantes. Aun así, en la hipótesis de cualquier acción que colectivamente lo atienda, la Constitución determina, como dice Estrada, cuál es el poder que debe tratar con los indios, para conservar relación pacífica con ellos, reducirlos a nuestros hábitos y promover su conversión a la fe católica. Bien entendido que, por fortuna, medidas desde hace mucho las fronteras interiores, la eventualidad del enfrentamiento va quedando como el resabio de una época superada, a través de un proceso de absorción prácticamente total de los núcleos aborígenes...”.*

Finalmente, el ministro Risolía consideró que estando probada la calidad de aborigen y de ciudadano del actor, su residencia en la zona y su derecho de propiedad sobre la hacienda, el hecho o el acto administrativo impugnado resultada violatorio de garantías y derechos esenciales y entraba en conflicto con poderes delegados de la Nación, por lo que la sentencia apelada debía ser revocada.

### **III) Los pueblos originarios ante la Corte Suprema de Justicia (1994/2010)**

Nos proponemos en el presente apartado caracterizar los rasgos de los conceptos multiculturalismo y acceso a la justicia y su relación con el reconocimiento de la diversidad y derechos etnoculturales a partir de la Reforma Constitucional de la Argentina de 1994 y su interpretación en el momento de acceder a la justicia.

La cuestión indígena ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008). En este capítulo abordaremos el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, desde la última reforma constitucional hasta el año 2008 inclusive.

Al igual que en el período anterior, la búsqueda de los fallos presentó cierta dificultad al no estar en su totalidad agrupados bajo la voz “indígena” ni publicados en la Colección de Fallos de la Corte.

Por otro lado, dada la cantidad de resolutorios dictados con posterioridad a 1994, reuniremos éstos en tres grupos. En el primero, ubicaremos los relativos a cuestiones de competencia; en el segundo aquellos en los que la Corte ingresó al estudio de la causa y, en el tercero, decisiones en las que no lo hizo la jurisprudencia reseñada.

### **IV) Otros fallos que ingresaron la Corte**

En este segundo grupo encontramos los siguientes resolutorios: a) “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi en la causa Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable” (11/7/02), Fallos 325:1744 y “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo: recurso de apelación” (8/9/03), Fallos 326:3258.

En la primera de estas causas, la actora interpuso acción de amparo solicitando se declarara la nulidad del certificado de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta que autorizaba la deforestación indiscriminada de lotes en el departamento San Martín y de su actualización.

La Corte provincial rechazó el amparo por considerar que: a) se había obviado el empleo de las vías administrativas y judiciales que hubieran permitido a la actora alcanzar igual resultado, sobre la base de la hipótesis de su posible fracaso; b) la cuestión requería un mayor debate y prueba, y c) no se advertía la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de los actos impugnados.

Contra dicha decisión, la amparista interpuso un recurso extraordinario federal que fue denegado, por lo que recurrió a la Corte Suprema en queja. Dicho Tribunal hizo lugar a ésta, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada por vulnerar el derecho al debido proceso (art. 18 C.N.).

Para resolver así, manifestó que la justicia salteña no había dado suficiente respuesta a los planteos de la actora tendientes a demostrar que las vías ordinarias no eran el cauce adecuado para la tutela de sus derechos. En tal sentido, advirtió que la elección del amparo se había sustentado en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la Administración, que se refería a la eliminación del bosque con consecuencias irreparables (pérdida de especies, cambios climáticos, desertización) y a la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena en las que se hallaba un pozo de agua que abastecía a la escuela del lugar y una represa.

De esta forma, la Corte confirmó el principio de operatividad de los derechos contenidos en esta última cláusula, ya sostenido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

### **Análisis de las causas mbya ante la C.S.J.N.**

De esta manera en los dos apartados anteriores se pasó de un período en el que se silenció a los pueblos indígenas argentinos, negándoles su acceso a la justicia en forma colectiva, a otro en el que se produjo una importante visibilización de sus demandas a nivel judicial.

Como se puede advertir ha sido de suma importancia la reforma constitucional en la materia, en el caso de los órganos de Justicia, estos cuentan ahora con un fuerte entramado normativo para dar sustento a los fallos y evitar que situaciones de injusticia del pasado continúen repitiéndose en el país en los casos que lleguen a su conocimiento.

En tercer lugar, es posible extraer dos principios de la sentencia de Corte reseñadas, a saber;

a) Los derechos contenidos en el art. 73 Inc. 17 de la C.N. son operativos: ello resulta de suma relevancia frente a la mora en el dictado de su reglamentación. La consagración del principio contrario, hubiera significado la paralización del cambio buscado con la reforma de 1994 testa que fa voluntad de los órganos políticos decidieran impulsarlo,

b) Las causas que versen sobre los derechos contenidos en la nueva cláusula constitucional no dan lugar por sí mismas a la jurisdicción federal por razón de materia (“Cuiñas”; “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A.”; “Ramos”; “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat” -2005-; “Asociación Civil Ayo La Bomba y otro”; “Comunidad Indígena, del Pueblo Guaraní Kuña Píru II”; “Comunidad Aborígen de Tekoa ima y de Kapii Yuate” -2006 y 200S-; “Colihueque”; “Comunidad Indígena Hokteí Toi” -2006-: es por ello que, salvo que se trate de que excepcionalmente caiga dentro de las previsiones de los art. 116 o 117 de la C.N. (“Comunidad Aborígen de Orosmayo”; “Universidad Nacional” y

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

“Asociación Comunitaria La Matanza”, “Pichunleo”), las demandas deberán iniciarse ante los tribunales ordinarios, pudiendo llegar a la Corte Suprema a través del recurso extraordinario federal una vez fenecida la jurisdicción local.

En cuarto lugar *“encontramos que la mayoría de los casos se relacionaban con el derecho al medio ambiente indígena (“Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’OI” -2002 y 2003-; “Cuiñas”; “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A.”; “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat” -2004 y 2005-; “Comunidad Aborigen de Oros mayo” - “Asociación Civil Ayo La Bomba y otro”; “Universidad de Salta”; “Comunidad Indígena del Pueblo Guaraní Kuña Piru II”; “Comunidad Indígena Hoktek Toi”; “Comunidad Aborigen de Tekoa Ama y de CAPII Yuate”; “Lof, Casiano”; “Comunidad Indígena Eben Ezer”; “Salas”, etc.), tanto respecto al “derecho a la tierra” como al “derecho al territorio” el cual continúa siendo objeto de constantes violaciones por parte del Estado y de los particulares, no obstante los cambios normativos a los que hicimos referencia en el capítulo anterior.*

*En quinto lugar, ha sido muy reducido el porcentaje de fallos en los que la Corte ha ingresado al estudio de la cuestión de fondo y en éstos no ha habido un análisis y desarrollo profundo de los derechos de las comunidades indígenas debatidos. No obstante ello, el máximo tribunal federal ha esclarecido algunos puntos discutidos por la doctrina como la operatividad del art. 75 inc. 17 de la Ley Fundamental y la competencia local -como regla- para la resolución de los casos vinculados a dicha cláusula.*

*En sexto lugar, a pesar del profundo cambio constitucional operado en 1994, se observa en nuestro país lo que Stavenhagen denomina “la brecha de la implementación”, es decir, el vacío entre la legislación existente y la práctica administrativa, jurídica y política, el hueco entre los niveles formal y real que constituye una violación de los derechos humanos de los indígenas”.*

Sin duda alguna, el cambio de la normativa constitucional que regulara la cuestión fue un paso de fundamental trascendencia pero que no resultará suficiente si no está acompañado de un fuerte compromiso de los poderes Estado y de los distintos operadores del derecho para hacer realidad los postulados<sup>106</sup>.

La tarea no es fácil ya que implica, como condición inexcusable para llegar al resultado buscado, un diálogo despojado de prejuicios y desarrollado con fe y sobre la base del principio de la igual dignidad de las culturas.

A los fines de encarar este diálogo intercultural, creemos que resultan de utilidad las “reglas de una ética procedimental de convergencia” propuestas por Soriano<sup>107</sup>, pero creemos que en la actualidad, el Poder Judicial Federal cuenta con los elementos necesarios

---

106- Ver Stavenhagen, Rodolfo, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2008/78, 16/02/2006

107- Confr. Soriano Díaz, R., “Derecho Humanos y derechos de las culturas”, en Fundamento y nuevos retos de los derechos humanos en un mundo en cambio, Universidad Internacional de Andalucía, publicación electrónica, 2004, a saber: a) la de la alteridad: consistente en ponerse en el lugar del otro para entenderle, abandonando el tradicional etnocentrismo practicado por las culturas por un transculturismo, que supere las diferencias y distancias y nos permita comprender al otro en sí mismo y no a través de nuestras pautas culturales. Esta encuentra su concreción en la alteridad lingüística, que comporta comprender el significado de los términos de la otra cultura en su propio contexto (pasiva) y trasladarlos a la propia buscando una exacta equivalencia sin deformarlos (activa); b) la de la reciprocidad: que supone actuar cooperativamente con las otras culturas en la búsqueda de acuerdos y compromisos, de igual manera que esperamos que ellas se comporten con nosotros; c) la de la autonomía: que indica la libertad de las culturas en su expresión e intercambio, y d) la de la argumentación: consistente en la observancia en el diálogo intercultural de las reglas objetivas internas del discurso habermasiano, adaptadas a las relaciones entre las culturas, que buscan su simetría como concreción del principio de la igualdad de éstas.

## Apéndice de Jurisprudencia

para velar por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en los casos que se presenten.

Esto también se ha plasmado en los numerosos casos que han llegado al alto tribunal federal, que no han tenido necesidad de invadir las esferas de actuación de los otros poderes, pudiendo recurrir a las normas constitucionales y supraconstitucionales en la materia e interpretar su contenido y alcance, contando para ello con la valiosa jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En el caso de los pueblos originarios de Misiones esto último se ha plasmado en los siguientes casos jurisprudenciales “Comunidad indígena del Pueblo Guaraní Kuña Piru II c/Misiones, Provincia de y Estado Nacional si denuncia ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena, escrituración y daños y perjuicios” y “Comunidad Aborígen de Tekoa Ama y de Kapii Yuate c/ Misiones, Provincia y Estado Nacional s/demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y daños y perjuicios”.

- “Comunidad indígena del Pueblo Guaraní Kuña Piru II c/ Misiones, Provincia de y Estado Nacional si denuncia ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena, escrituración y daños y perjuicios”

En este caso la corte falló:

*“Que las cuestiones planteadas en la demanda guardan analogía con las examinadas por esta Corte en la causa A.1596.XLI. ‘Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza’<sup>108</sup>, resolución del 27 de septiembre de 2005, a cuyos fundamentos y conclusión cabe remitir en cuanto a la in-*

---

108- Los fundamentos de C.S.J.N. son : “1º) Que Francisco Pérez, en representación de la Asociación de Comunidades Aborígenes ‘Lhaka Honhat’, por derecho propio y de sus miembros, con asiento en los lotes fiscales 14 y 55 del departamento de Rivadavia, Provincia de Salta, promueve acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra ese Estado provincial y contra el Estado Nacional a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Provincial 7.352, promulgada por el decreto 1.492/05, en cuanto convoca a una consulta popular vinculante a los pobladores de ese departamento, sobre si es su voluntad que se entreguen las tierras correspondientes a aquellos lotes a sus actuales ocupantes, aborígenes y criollos, sometiendo de ese modo a discusión el derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas que han habitado desde tiempos ancestrales esas tierras.

“Manifiesta que esa ley trasgrediría a su entender los arts. 14, 16, 17, 31 y 75 inc. 17, de la Constitución Nacional, los arts. 2º y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los arts. 17 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los arts. XI y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los arts. 1º y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también los arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 13, 14, 16, 17, 30 y 35 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales.

“Señala que el dictado y aplicación de la ley impugnada contrarían también actos propios de reconocimiento de posesión de las tierras en cuestión, como lo son los decretos provinciales 2609/91, 18/93 y 3097/95, y por último incumplen con la obligación emanada de la ley 24.071 y de compromisos formalmente asumidos por la provincia y el Estado Nacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco de un “proceso de solución amistosa”, con las comunidades indígenas que se venía realizando desde el año 2000, en cuya esfera ambos demandados le han reconocido el carácter representativo que invoca.

“Por otra parte indica que dirige su pretensión también contra el Estado Nacional por la responsabilidad internacional que el dictado de esa ley local le genera, en cuanto traduce la violación de tratados internacionales. A su vez lo demanda por la omisión en que ha incurrido, por no haber adoptado las medidas pertinentes para garantizar los derechos de las comunidades indígenas y tratar de evitar su violación inminente de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 17, de la Carta Magna.

“A fs. 92/94 solicita la citación como tercero del Defensor del Pueblo de la Nación.

“2º) Que a fin de determinar la competencia del Tribunal por la vía intentada corresponde en primer término, frente al dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, examinar si ella procede racione personae, toda vez que la comunidad actora demanda al Estado Nacional. En este aspecto, cabe señalar que no se advierte cuáles han sido las omisiones por cierto genéricas que se imputan al Estado Nacional en orden a la previsión constitucional contenida en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y, particularmente la relación que guardarían tales omisiones con el objeto principal de la demanda; y, en todo caso, por qué re-

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

*competencia del Tribunal para conocer de este asunto en su instancia originaria.*

*“Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY”<sup>109</sup>.*

En Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza, la corte falla de la siguiente manera: “Declarar que esta causa no es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese con habilitación de días y horas, comuníquese a la Procuración General.”

No compartiendo el fundamento de la mayoría nos parece interesante la disidencia del voto del Doctor Zaffaroni que afirma para el presente caso que:

*“En suma, y de acuerdo con esta lectura, surge ostensible la presencia en el proceso de puntos regidos por la legalidad constitucional federal.*

*“Que sobre la base de la conclusión antecedente sólo resta enfatizar, a fin de dejar incólume el estándar que este Tribunal ha formulado sobre su competencia originaria ratione materiae, que los argumentos expuestos por la actora habilitan la apertura de la instancia toda vez que se ha puesto en tela de juicio en forma directa e inmediata la inteligencia que cabe atribuir a determinadas cláusulas de la Constitución Nacional cuya dilucidación es definitiva para juzgar la afectación que se invoca.*

*“Que, en virtud de la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal en estas actuaciones, en la fecha, se toma insustancial que me pronuncie sobre la medida cautelar pedida. Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.”*

• “Comunidad Aborigen de Tekoa Ama y de Kapii Yuate c/ Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y daños y perjuicios”.

---

sultaría insuficiente a tal efecto el remedio establecido en el art. 14 de la ley 48. Por último, tampoco se observa con claridad la responsabilidad internacional que podría acarrear al Estado el dictado de la ley provincial en el marco del proceso de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos’.

“Estas consideraciones llevan a apartar a la Nación como parte sustancial en este proceso. Que, descartada la competencia originaria de este Tribunal por razón de la persona, corresponde examinar la naturaleza federal de la cuestión discutida. Esta Corte ha establecido reiteradamente que la apertura de su jurisdicción originaria en razón de la materia sólo procede cuando la acción entablada se basa directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa. Por lo mismo, dicha jurisdicción será improcedente cuando se incluyan cuestiones de índole local y de competencia de los poderes provinciales (Fallos: 318:2457 y 2534; 319:744, 1292; 322:1470, entre otros). Cuando se arguye que un acto es contrario a leyes provinciales y nacionales debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial y, en su caso, llegar a esta Corte por la vía del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 176:315; 311:1588; 322:1470).

“El citado precedente de Fallos: 176:315 lo expresa con meridiana claridad ‘...contra las leyes y decretos provinciales que se califican de ilegítimos, caben tres procedimientos y jurisdicciones según la calidad del vicio imputado: a) si son violatorios de la Constitución Nacional, tratados con las naciones extranjeras, o leyes federales, debe irse directamente a la justicia nacional; b) si se arguye que una ley es contraria a la Constitución provincial o un decreto es contrario a la ley del mismo orden, debe recurrirse a la justicia provincial (t. 99 pág. 52 y t. 154 pág. 250); y c) si se sostiene que la ley, el decreto, etc., son violatorios de las instituciones provinciales y nacionales, debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial, y en su caso, llegar a esta Corte por el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48. En esas condiciones se guardan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal, dentro de su normal jerarquía; pues carece de objeto llevar a la justicia nacional una ley o un decreto que, en sus efectos, pudieron ser rectificadas como más de una vez ha ocurrido por la magistratura local’ (considerando 3)”.

109- C.S.J.N. C. 4022. XLI.

#### Apéndice de Jurisprudencia

En el caso la corte falla repitiendo los términos de fallo anterior casi textualmente el cual expresa nuevamente:

*“Comunidad Aborigen de Tekoa Ama y de Kapii Yuate c/ Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y daños y perjuicios.*

*“Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, 21 de marzo de 2006.*

*“Autos y Vistos; Considerando:*

*“Que las cuestiones planteadas en la demanda guardan analogía con las examinadas por esta Corte en la causa A.1596.XLI. ‘Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza’, resolución del 27 de septiembre de 2005, a cuyos fundamentos y conclusión cabe remitir en cuanto a la incompetencia del Tribunal para conocer de este asunto en su instancia originaria.*

*“Por ello, y de conformidad con el dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese y comuníquese al señor Procurador General”.*



**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

# Apéndice de legislación provincial

## LEY VI - Nº 37 (Antes Ley 2.727)

### RÉGIMEN DE PROMOCIÓN INTEGRAL DE LAS COMUNIDADES GUARANÍES

#### TÍTULO I

##### NORMAS GENERALES

ARTÍCULO 1.- Institúyese un régimen de promoción integral de las comunidades guaraníes existentes en la Provincia fundado en el pleno respeto de sus valores culturales y espirituales y propias modalidades de vida. Para su cumplimiento se instrumentarán y ejecutarán planes y acciones que posibiliten el acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de sus actividades productivas, como también la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanzas y la protección de la salud de sus integrantes.

ARTÍCULO 2.- Los beneficios resultantes de la aplicación de la Ley 23.302, de la presente Ley y su reglamentación se otorgarán a las comunidades indígenas guaraníes que se inscriban en el registro pertinente o en casos excepcionales y por razones debidamente fundadas en forma individual a algunos de sus integrantes.

ARTÍCULO 3.- El régimen establecido en esta Ley no invalida ni obsta a la acción de promoción social, económica, espiritual, religiosa y cultural que se desarrollen por personas o entidades estatales o privadas.

#### TÍTULO II

##### DEL REGISTRO DE COMUNIDADES INDÍGENAS

ARTÍCULO 4.- Créase el Registro de Comunidades Indígenas Ley 23.302, que funcionará bajo dependencia de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia.

ARTÍCULO 5.- La reglamentación de la presente Ley determinará los requisitos para la inscripción y reconocimiento de Personería Jurídica de las Comunidades Guaraníes, como de conformidad con los principios establecidos en la Ley 23.302. Las Asociaciones Civiles de Comunidades Guaraníes que gocen de Personería Jurídica a la fecha de promulgación de esta Ley, se inscribirán automáticamente en el Registro de Comunidades Guaraníes.

#### TÍTULO III

##### DEL ÓRGANO DE APLICACIÓN

ARTÍCULO 6.- Créase la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, que funcionará como Organismo de Aplicación de la Ley 23.302, de esta Ley y de su reglamentación.

El Poder Ejecutivo determinará su dependencia y estructura administrativa y reglamentará sus competencias, de conformidad con los siguientes principios:

a) la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes será un organismo administrativo centralizado, de la Jurisdicción 03- Ministerio de Gobierno que en lo atinente a las funciones concedidas por esta Ley y su reglamentación dictará Resoluciones definitivas y ejecutorias.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

También podrá celebrar contratos para la ejecución de los planes de acciones tendientes a la promoción integral de las Comunidades aborígenes de conformidad con la reglamentación que a tal efecto dicte el Poder Ejecutivo. De las Resoluciones de la Dirección Provincial, sólo habrá recurso de apelación ante el Poder Ejecutivo por razones de ilegitimidad que deberá interponerse dentro del quinto (5to.) día de notificado el acto que se impugna;

b) en la constitución de la Dirección de Asuntos Guaraníes deberá preverse la formación de una Junta Asesora integrada por representantes de las comunidades guaraníes inscriptas y de las entidades intermedias que realicen en la Provincia acciones tendientes a la promoción de dichas comunidades.

La Junta Asesora transmitirá a la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes las decisiones, anhelos, peticiones e inquietudes de las comunidades guaraníes y sus integrantes. Se desempeñará con carácter honorífico y la respectiva reglamentación determinará los gastos que serán abonados por la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, como consecuencia de su gestión.

ARTÍCULO 7.- Todo proyecto, plan o acción relativo a la promoción de las comunidades guaraníes deberá contar con la libre y plena participación y aceptación de sus integrantes.

## **TÍTULO IV**

### **DE LOS BENEFICIOS**

#### **CAPÍTULO I. ADJUDICACIÓN DE TIERRAS**

ARTÍCULO 8.- Se otorgarán en propiedad tierras fiscales a las comunidades indígenas que se inscriban conforme lo establecido en esta Ley, y en forma totalmente gratuita y en las condiciones que se determinarán en este Capítulo.

ARTÍCULO 9.- En el supuesto que el acto de transmisión genere pagos de tributos o gastos de orden nacional o municipal se gestionará la pertinente excepción ante quien corresponda o en su defecto la Provincia, a través de la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes se hará cargo de esos eventuales conceptos.

ARTÍCULO 10.- Con intervención de la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes previa consulta a las comunidades o asentamientos existentes de la población guaraní se procederá a elegir los lugares donde existan tierras fiscales para proceder a la mensura y adjudicación de tierras.

ARTÍCULO 11.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes conjuntamente con la Dirección General de Tierras y Colonización, escuchadas las peticiones de las comunidades indígenas procederán a realizar el pertinente plan de adjudicación de tierras determinando superficie, lugares y condiciones de su colonización.

ARTÍCULO 12.- Sin perjuicio del plan especial de adjudicación de tierras y colonización establecido en el Artículo anterior, la población indígena mediante las comunidades inscriptas tendrá prioridad para ser beneficiaria de los planes generales de colonización aprobados y/o a aprobarse.

ARTÍCULO 13.- Se respetarán los lugares de asentamientos actuales de las comunidades guaraníes, una vez ratificada por éstas la decisión de seguir ocupando esas tierras. En caso de que las mismas sean de propiedad privada se harán las gestiones necesarias ante los propietarios para la transferencia del dominio, mediante venta, a

la comunidad guaraní correspondiente. En caso de que el propietario de una fracción de tierra ocupada por un asentamiento indígena done directamente y sin cargo alguno a la comunidad guaraní, la Provincia tomará a su cargo los eventuales gastos y gravámenes que afecten la propiedad a donarse. Todo sin perjuicio de la utilización excepcional y debidamente fundada de la vía de expropiación, en su caso, para el debido cumplimiento de este Artículo.

ARTÍCULO 14.- Las adjudicaciones de tierras se efectuarán a las comunidades indígenas debidamente inscriptas ante el Organismo pertinente.

ARTÍCULO 15.- Las tierras fiscales o particulares adquiridas por compra, donación o expropiación adjudicadas a las comunidades indígenas constituidas conforme la presente Ley, serán inembargables y no podrán ser ejecutadas. Como asimismo queda prohibido por parte de las comunidades su venta; donación; enajenación y constitución de gravámenes de las tierras referidas.

ARTÍCULO 16.- Las tierras adjudicadas a las comunidades indígenas no tributarán ningún impuesto o tasa de orden provincial. Se solicitará a las Municipalidades se dicten ordenanzas adhiriéndose al régimen del presente artículo.

## **CAPÍTULO II**

### **DE LA SALUD**

ARTÍCULO 17.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes en coordinación con las Autoridades Nacionales y Provinciales instrumentará un plan de salud integral para las Comunidades Aborígenes.

ARTÍCULO 18.- La Autoridad de Aplicación de la presente Ley, mediante el organismo provincial pertinente, habilitará a promotores indígenas para el desempeño de funciones de enfermería.

ARTÍCULO 19.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes solventará los gastos en medicamentos que requiera la asistencia integral de las comunidades guaraníes.

## **CAPÍTULO III**

### **DE LA EDUCACIÓN**

ARTÍCULO 20.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, con participación del Consejo General de Educación, elaborará planes especiales de enseñanza primaria, secundaria y terciaria para las comunidades guaraníes, que se ajustarán a las siguientes pautas básicas sin perjuicio de oportunas ampliaciones y actualizaciones por parte de la autoridad de aplicación:

a) brindar un pleno acceso a los planes normales y habituales de enseñanza en vigencia, tanto nacional como provincial;

b) establecer programas especiales, bilingües para todos los niveles de enseñanza, donde se resguarden los valores espirituales y culturales de la población guaraní;

c) utilizar las estrategias más modernas del bilingüismo para que los educandos puedan asimilar la lengua y la cultura argentina a partir del contexto lingüístico y cultural guaraní, que le permita integrarse a la Nación y a la Provincia sin perder su identidad de grupo étnico original.

**Propiedad Indígena:** Su caracterización desde el caso de la Provincia de Misiones

## **CAPÍTULO IV DE LA VIVIENDA**

ARTÍCULO 21.- Las Comunidades indígenas inscriptas tendrán derecho prioritario de adjudicación en cualquiera de los planes de vivienda que a partir de la vigencia de la presente Ley establezca el Gobierno de la Provincia.

ARTÍCULO 22.- La Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes, con la participación u asentamiento de la comunidad interesada, realizará planes conjuntamente con el Instituto Provincial de Desarrollo Habitacional o la Secretaría de Estado de Hacienda, Finanzas, Obras y Servicios Públicos, a efectos de asegurar el acceso a la vivienda digna por parte de los integrantes de aquéllas.

## **TÍTULO V DE LOS RECURSOS PRESUPUESTARIOS**

ARTÍCULO 23.- Asígnense los siguientes recursos a la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes:

- a) el dos por ciento (2%) de las utilidades del Instituto Provincial de Lotería y Casinos Sociedad del Estado (IPLYC S.E.);
- b) el uno y medio por mil de los recursos de coparticipación federal;
- c) sin perjuicios de los recursos especiales asignados, la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes podrá incluir en el presupuesto anual aquellas partidas que fueren menester para la atención integral de los planes y acciones de promoción integral de las comunidades guaraníes.

## **TÍTULO VI DE LA REGLAMENTACIÓN**

ARTÍCULO 24.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley,

ARTÍCULO 25.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

### **LEY VI - Nº 59 (Antes Ley 3.207)**

ARTÍCULO 1.- Institúyase Fiesta Cívica Provincial el día 30 de noviembre de cada año, en conmemoración del Aniversario del nacimiento del prócer misionero Don Andrés Guacurá y Artigas.

ARTÍCULO 2.- El Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia, reglamentará la forma y modo que adquirirán los actos conmemorativos en los establecimientos educacionales de su dependencia, en todos los niveles y modalidades.

ARTÍCULO 3.- El Poder Ejecutivo, a través del organismo que corresponda, implementará durante la última semana del mes de noviembre de cada año, la difusión en los medios de comunicación oral y escrita; de comentarios e información sobre el papel cumplido por el prócer en el marco de las luchas por la emancipación americana.

ARTÍCULO 4.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

**LEY II -Nº 15**

**(Antes Ley 3.773)**

ARTÍCULO 1.- Créase en el Registro Provincial de las Personas, el “Registro de Nombres Aborígenes de Misiones”.

ARTÍCULO 2.- Convócase a las organizaciones y representaciones de las comunidades de la etnia guaraní que habitan el territorio provincial, a los efectos de elaborar un listado de nombres aborígenes.

ARTÍCULO 3.- Establécese que el Registro Provincial de las Personas mantendrá actualizado el registro creado por esta Ley y procederá a su distribución en todas sus dependencias, como así también, en los centros de salud, hospitales y destacamentos policiales, a efectos de ser utilizado como listado indicativo de los nombres que deben ser aceptados.

ARTÍCULO 4.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

**LEY XVI –º 29**

**(Antes Ley 2.932)**

**CAPÍTULO VI**

**DE LAS RESERVAS NATURALES - CULTURALES**

ARTÍCULO 16.- Se entenderá por Reservas Naturales-Culturales Provinciales a aquéllas en las que se encuentren comunidades aborígenes interesadas en preservar determinadas pautas culturales propias y cuya relación armónica con el medio es necesario garantizar y las que alberguen yacimientos arqueológicos, ruinas jesuíticas o cualquier otra referencia histórica de interés.

ARTÍCULO 17.- Para su manejo, la autoridad de aplicación celebrará acuerdos o convenios con otros organismos oficiales con incumbencia en los temas. Las tierras de esta categoría serán del dominio del Estado Provincial o estarán bajo su jurisdicción y competencia por convenios con los que detenten su dominio.

**SOBERANÍA TERRITORIAL**

**Decreto No. 1104/2005**

Provincia de Misiones.

Visto: la necesidad de lograr una reparación histórica para nuestros hermanos de los pueblos originarios de la tierra misionera; y CONSIDERANDO:

QUE conforme a lo consultado con la Organización de Comunidades Mbya guaraní y el Consejo de Ancianos y Opyguas de la Nación Mbya Guaraní, el Gobierno de la Provincia de Misiones reconoció a la Comunidad Indígena de Yryapú miembro de la Nación Guaraní, la posesión y propiedad ancestral, continua, ininterrumpida y pacífica de los inmuebles ubicados en la Localidad de Puerto Iguazú dentro de las denominadas “600 hectáreas”;

QUE, dicho reconocimiento lo ha sido en el marco de respeto mutuo hacia nuestros pueblos, del ordenamiento jurídico positivo nacional, del derecho indígena, y en particular de conformidad a lo establecido en el Art. 75 Inciso 17 de la Constitución Nacional y el Convenio Internacional del Trabajo– ratificado por Ley 24071– reconociendo, respetando y asumiendo los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de las cul-

turas originarias;

QUE, los inmuebles tradicionalmente ocupados por la Comunidad Yryapú han sido siempre de propiedad de dicha Comunidad, detentando el Estado Provincial el título de dueño aparente registral;

QUE, todo ello fue oportunamente plasmado en el ACTA ACUERDO sobre titularización de Tierras suscripto entre la Comunidad Mbya Guaraní de Yryapú y este Poder Ejecutivo en fecha 06 de noviembre de 2003 ratificado por Decreto No. 1544/03;

QUE, asimismo, fue acordado que el Título de Propiedad correspondiente sería comunitario, gozando la propiedad de las garantías inmuebles de gravámenes o embargos;

QUE, en una actitud ejemplar, la Comunidad de Yryapú se comprometió a que una vez otorgada la titularidad de los inmuebles a su favor, los mismos serán incorporados al sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas con la categoría de Reserva natural y Cultural conforme las previsiones de la Ley No. 2.932;

QUE, en el marco de dicho reconocimiento y en virtud de cláusulas constitucionales expresas, este Poder Ejecutivo remitió a la Honorable Cámara de Representantes el QUE, en virtud de todos los antecedentes hasta aquí expuestos, guiados por el espíritu y sabiduría de los Arandú, asumiendo desde el Gobierno de la Provincia de Misiones nuestras responsabilidades a fin de lograr paulatinamente una reparación histórica a nuestros hermanos indígenas, corresponde otorgar la titularidad registral a favor de la Comunidad Mbya Guaraní de YRYAPU – Personería Jurídica No. 25, respecto de los inmuebles individualizados como Lote C – 17, con una superficie de 230 has, 46 as, 53 cas (plano de mensura No. 39.178. Reg. D.G.C.) y Lote C -24, con una superficie de 35 has,03 as, 49 cas.06dm2 (Plano de Mensura No. 40.445 Reg. D.G.C.), ambos Subdivisión Lote C -13- Subdivisión Fracción 12– Zona sin mensura, Ciudad y Municipio Puerto Iguazú, Departamento Iguazú, Provincia de Misiones.

POR ELLO:

El Gobernador de la Provincia de Misiones Decreta:

ARTÍCULO 1º.- OTÓRGASE el título de propiedad comunitario a favor de la Comunidad Mbya Guaraní de YRYAPU – Personería Jurídica No. 25, los inmuebles individualizados como: Lote C – 17, con una superficie de 230 has, 46 as, 53 cas (plano de mensura No. 39.178. Reg. D.G.C.) y Lote C -24, con una superficie de 35 has,03 as, 49 cas.06dm2 (Plano de Mensura No. 40.445 Reg. D.G.C.), ambos Subdivisión Lote C -13- Subdivisión Fracción 12 – Zona sin mensura, Ciudad y Municipio Puerto Iguazú, Departamento Iguazú, Provincia de Misiones, en los términos del Decreto Nº 1.544/03 y Ley Nº 4.098, inscriptos el primero de ellos al Folio Real Matrícula Nº 8.897, Departamento Iguazú, Provincia de Misiones, y el segundo al Folio Real Matrícula Nº 8.978, Departamento Puerto Iguazú, Provincia de Misiones.-

ARTÍCULO 2º.- REFRENDARÁN el presente Decreto los señores Ministros Secretarios del Agro y la Producción, de Ecología, recursos Naturales Renovables y turismo y de Gobierno.

ARTÍCULO 3º.- REGÍSTRESE, dése a publicidad, notifíquese, tomen conocimiento los Ministerios del Agro y la Producción, Ministerio de Ecología, Recursos Naturales Renovables y turismo y Ministerio de Gobierno.

Cumplido. ARCHÍVESE.

Firmado: Ing. Carlos Eduardo Rovira, Gobernador; Ing. Luis Arnaldo Jacobo, Ministro Se-

**Apéndice de legislación provincial**

cretario de Ecología, Recursos Naturales Renovables y Turismo; Ing. Agr. Alex R. Ziegler, Ministro Secretario del Agro y la Producción; Lic. Hugo Mario Passalacqua, Ministro Secretario de Cultura y Educación, A/C Ministerio de Gobierno.



## **Bibliografía:**

### **General:**

- ALEX,Y.R. Teoría de los derechos fundamentales, Trad. De Garzón Valdez, F-, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BOBBIO, N: "El futuro de la democracia". Fondo de Cultura Económica. México. 1986.
- BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo. "La Filosofía Posmoderna". Revistas "Sedes Sapientiae" año V .Nov.2005.
- BANCO MUNDIAL: "Informe sobre desarrollo humano mundial 2000-2001". Revista Foro Nro. 10. Chile. En-Febr. 2002
- BADIOU, Alan: "La violencia simbólica: su rango de ampliación". En "La cuestión del otro". Instituto Hannah Arendt. Buenos Aires 2004
- CARRIÓ, Elisa: "Hacia un Nuevo Contrato Moral". Edit. Norma. 08-2004. "El Contrato Moral; arca de la dignidad nacional" ARI, Mar del Plata. Oct. 2004. "Verdad, poder y libertad". En Instituto. Hannah. Arendt. Buenos Aires 2004.
- CORSI y PEYRU. "Violencias sociales ". Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. Argentina 2003.
- COUTURE, Eduardo. "Fundamentos de derecho procesal civil". Ed. Aniceto López,1942
- CARNELUTTI, "La prueba civil", Ed. Depalma. Buenos Aires. 1970
- CAFFERATA NORES, José, "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal" Editores del Puerto, Bs As, 1997.
- CAFFERATA NORES, José, "Garantías y Sistema Constitucional", Revista de Derecho Penal, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA. Una luz para reconstruir una Nación. Pilar,11 de noviembre de 2005.
- CARRIÓ, Elisa. "Hacia un Nuevo Contrato Moral". Edit. Norma. 08-2004. "El Contrato Moral; arca de la dignidad nacional" ARI, Mar del Plata.Oct. 2004
- COX, SEBASTIÁN. "Asistencia Legal Popular. La Experiencia de FORJA en Chile". En línea disponible en [www.oas.org/jurídico](http://www.oas.org/jurídico)
- CAFFERATA, FERNANDO: "Acceso a la Justicia: Justicia y Ciudadanía". Jornadas Nacionales sobre Reforma Judicial en la Argentina. 1997.
- DOBRY Elías. "Violencia institucional y violencia social". Instituto Hanna Arendt. Curso "El Poder, la Verdad y la Cuestión del Otro".
- DWORKIN, Ronald, "Los Derechos en Serio". Ed. Ariel, Barcelona, España, 1984.
- DWORKIN, Ronald. "Matter of Principle",
- DIDIER, María Marta, "La vinculaciones entre la igual formal y la razonabilidad en la jurisprudencia constitucional", en la LL Sup. Act. 18/12/2001.-
- ESCRIBANO, JOSÉ C. "Justicia, prensa y opinión pública". Buenos Aires. La Nación-Seminario. 1997.
- FENOCHIETTO-ARAZI, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado". Ed. Astrea. Bs. As. 1998.
- FAVA Gladys. "Ética y Ciudadanía".( <http://contexto-educativo.com.ar/2000/2/nota-4.htm>

## Bibliografía

- FOUCAULT, M: “Vigilar y castigar” Edit. Siglo XXI. México.1993. “La voluntad del saber” Ídem. 1985.“Coraje y verdad”. Conferencias en College France. París. 1983.
- GARAVANO. C. GERMÁN. Justicia Argentina: Crisis y Soluciones. Universidad Carlos III<sup>º</sup>. Madrid, 1997.
- GOLDSCHMIDT, WERNER. Introducción Filosófica al Derecho. Bs. As., Ed. Depalma, 1987.
- GORDILLO, AGUSTÍN. Derechos Humanos - Doctrina y Casos. Parte Gral. Buenos Aires, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1995.
- GÓMEZ, Claudio Daniel, “Constitución de la Nación Argentina - Comentada - Concordada - Anotada”, Ed. Mediterránea, pp. 170/174 Córdoba, 2007.
- GELLI María. A., Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada, Ed. La Ley, Buenos. Aires., 2004.
- HERVADA, Javier, “Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer”, en Persona y Derecho, V. XI, p. 348, 1984.
- HAHON, JAMES. Las Reformas en la Administración de Justicia en América Latina. Apreciación Global y Tendencias. Williams University, USA, 1999.
- MASSINI CORREAS, CARLOS I. Los Derechos Humanos. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1994.
- NATALE, ALBERTO, Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995.
- OSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos aires, Ed. Heliasta, 1986.
- PÁSARA, LUIS. “Reforma Judicial: urgencia y desafío”, en Revista Techint, Buenos Aires. 1996
- PNUD. Informe sobre Desarrollo Humanos de la ONU. En línea disponible en <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh2009/>
- RICO, JOSÉ Y SALAS, LUIS. La administración de Justicia en América Latina: Una Introducción al Sistema penal. Madrid, Ed. Siglo Veintiuno, 1997.
- LEZCANO, Juan Manuel. “Un mejor Derecho Penal o algo mejor que el Derecho penal”. Ponencia presentada en el “XII Congreso Nacional de Sociología Jurídica”.
- UNGAR, MARK: Judicial Reform: Inequality, Democratization and Latin Americas Courts.
- TRAVIESO, JUAN A., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, Jurisprudencia Argentina 1996-III-1031.
- VIGO, RODOLFO L. Los principios jurídicos. Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Estructura básica del derecho penal., Editorial Ed., Buenos Aires 2010.

### **Específica:**

- ALICE, B., “Los indios en la Constitución argentina de 1853 y en las reformas constitucionales posteriores”, en: Asociación Argentina de Derecho Constitucional de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción, Santa Fe, 2003.
- ATILIO, A. “Pluralidad agonista”. Revista Internacional de Filosofía Política N<sup>º</sup> 8

Madrid. 1996.

- ACKERMAN, BERNAL. La justicia social en el estado liberal (En línea), disponible en <http://www.eleccionsocial.com/Ackerman%20cap%20o.%209.htm>
- ALTERINI, J., CORNA y P. VÁZQUEZ. Propiedad indígena. Buenos Aires, Editorial Educa, 2005.
- AGUILAR, Gonzalo; LAFOSSE, Sandra; ROJAS, Hugo; STEWARD, Rebecca, “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina” en línea 14/02/20113 en [http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis\\_Comparado\\_del\\_Reconocimiento\\_Constitucional\\_de\\_los\\_Pueblos\\_Indigenas\\_en\\_Ame%CC%81rica\\_Latina%20\\_Dec%202010\\_CPPF\\_Briefing\\_Paper\\_f.pdf](http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20_Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf)
- ARMESTO, ALEJANDRA. Teorías de la justicia: ¿utilidad, igualdad o mérito? (En línea) disponible en <http://www.fractal.com.mx/F16armes.html> , 2005.
- ASSIES, WILLEM, “Indigenous peoples and reform of the state in Latin America”, in ASSIES, W., VAN Der Harr, G. y HOEKEMA, A. (eds.), The Challenge of Diversity: Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America. Ámsterdam, Thela, 2000.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, “Derecho Penal –Parte General”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires., 2009.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Tratado elemental de Derecho constitucional, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995.
- BORDA, GUILLERMO, La persona humana, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001.
- BECERRA, NICOLÁS, Derecho Penal y Diversidad Cultural. La cuestión indígena, Ed. Ciudad Argentina.
- BERRAONDO LÓPEZ, M., Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos Derechos con un mismo fin.
- CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, en Boletín Mexicano de Derecho. 2003.
- BARATTA, ALESSANDRO, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en Revista de Criminología y Derecho, Nro. I, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987
- BENÍTEZ NARANJO, HERNÁN. Tratamiento Jurídico del Indígena Colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad? Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1988.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN. Manual de la Constitución Reformada T III. Editorial Ediar, Buenos Aires 1997; “
- BUOMPADRE, JORGE. Derecho Penal. Parte Especial, t. I., Ed. Mave, Buenos Aires, 2000.
- CARVAJAL CORREA, CARLOS ALBERTO. El Overlapping Consensus de John Rawls. Revista de Ciencias Humanas, Vol. 4, No. 13, , Septiembre de 1.997.
- CARVAJAL CORREA, Carlos Alberto. “Multiculturalismo y ‘consensus’”. En: Colombia Revista De Ciencias Humanas. Ed: Universidad Tecnológica de Pereira. 16 fasc.N/A p.14 - ,199
- CAMPOS CALDERÓN, FEDERICO. “Los derechos indígenas y su situación frente al Derecho Penal (El caso del error culturalmente condicionado)” en Ciencias Penales.

## Bibliografía

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 13. Número 19. Agosto 2001.

- CESANO, JOSÉ DANIEL. Sistema Penal y diversidad cultural, Editorial Lerner, Córdoba, 2006.
- D'ALESSIO, ANDRÉS. Código Penal. Comentado y anotado. Parte General. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- CARRIÓ, GENARO. "Nota sobre el caso de los números vivos", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, separata, La Plata, 1961.
- CASTILLO GÓMEZ, JUAN CARLOS. El Estado-Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la Nación y la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- CAYUSO, SUSANA GRACIELA. "El principio de igualdad. Problemas e interrogantes. El sistema constitucional argentino" en línea el 14/01/2012 en <http://espacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico-2009-75-76-10014/PDF>
- CEPEDA, M. RAWLS y ACKERMAN. Presupuestos de la teoría de la justicia (En línea), disponible en <http://www.lablaa.org/blaavirtual/letra-t/tesisunal/rawls/rawls.pdf>, 2004.
- COBO, ROSA. "Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política" en POLÍTICA Y SOCIEDAD, nº 32, Madrid, 1999.
- CHIACCHIERA CASTRO, PAULINA R. La cuestión indígena. Análisis de la jurisprudencia del C.S.J.N. Córdoba, Ed. Advocatus. 2009.
- CIANCIARDO, JUAN, "Para siempre, para todos. Los desafíos de la universalidad a sesenta años de 1948" en Persona y Derecho Nº 59, 2008.
- CIANCIARDO JUAN. El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, 2 edición, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2009.
- CIANCIARDO, JUAN. El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo. Bs. As., Ed. Ad-hoc, 2007.
- CIANCIARDO, JUAN. El Conflictivismo en los derechos fundamentales. Navarra, Ed. Eunsa, 2000.
- CIANCIARDO, JUAN (dir.), Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos, Buenos Aires Ed. Ad-Hoc, 2008
- CIANCIARDO, Juan. "Universalidad, multiculturalismo y derechos de los pueblos originarios. Una aproximación desde el caso argentino" en Dikaion, Año 23 - Núm. 18 - 205-246 - Chía, Colombia - Diciembre 2009.
- CIANCIARDO, JUAN. "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales " . en Persona y Derecho, p.47, V.14. 1999.
- CIANCIARDO, JUAN. "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.
- ENRIZ, NOELIA. "Tomar asiento. La concepción y el nacimiento mbya guaraní" en ANTHROPOLOGICA/AÑO XXVIII, Nº 28, diciembre de 2010, pp. 117-137. ELSTER, J. y HYLLELAND, A. Foundations of social choice theory. Cambridge, University Press. 1992.
- ETXEBARRÍA, E., "Rawls en tela de juicio" (En línea) disponible en

<http://www.atlas.org.ar/pensadores/pdf/rawls>

- FARINATI, A. “El curso del mundo y la Justicia Social” (En línea) disponible en [http://noticias.juridicas.com/areas\\_virtual/Articulos/70-Derecho%20Internacional/200110-2355121910142831.html](http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/70-Derecho%20Internacional/200110-2355121910142831.html)
- FERRÁN, REQUEJO. Democracia y Pluralismo Nacional. Barcelona, Ariel, 2002.
- FRASER, NANCY. “Multiculturalidad y equidad entre los sexos”, en Revista de Occidente Madrid, nº 173, octubre de 1995.
- FRASER, NANCY -HONNETH, AXEL. ¿Redistribución o reconocimiento? Ed. Morata, Madrid, 2006.
- FIERRO GUILLERMO J. Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Baigún David – Zaffaroni Eugenio R.; (dirección); Terragni Marco A.; (coordinación) , T. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997
- FIGARI RUBÉN. Delitos de índole sexual, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003
- FLOREZ, ANA MARÍA. Situación jurídica del indígena frente al Derecho Penal colombiano, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1992.
- FRANCIA LUIS. “Pluralidad cultural y derecho penal” , y en Derecho. PUCP, nº. 47, Lima 1993
- FINNIS, JOHN. Ley natural y derechos naturales, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., 2000.
- FINNIS, JOHN, Aquinas. Moral, Political and Legal Theory, Oxford University Press, 1998.
- FIGARI, RUBÉN. Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual, en línea en [http://www.terragnijurista.com.ar/jurisprudencia/indigena.htm#\\_ftnref38](http://www.terragnijurista.com.ar/jurisprudencia/indigena.htm#_ftnref38)
- JESCHECK, HANS HEINRICH. Tratado de Derecho Penal, Parte. General, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona
- JIMÉNEZ, P., “La Filosofía Política del Presente” (En línea) disponible en <http://www.nodulo.org/ec/2002/no01p16.htm>.
- JURADO, ALEJANDRO. “Nozick: una teoría libertaria de justicia” (En línea), disponible en <http://www.liberalismo.org/autor/ajurado/>
- HUNTINGTON, SAMUEL PHILLIPS. El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1997.
- GEORGE, ROBERT, Making Men Moral, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- GÓMEZ-LOBO, ALFONSO, Los bienes humanos. Ética de la ley natural, Ed. Mediterráneo, Santiago-Buenos Aires, 2006.
- GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO (coord.), Constitución y derechos indígenas, UNAM, México, 2002.
- GRONDONA, MARIANO F. La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- GARCÍA VITOR, ENRIQUE. “Culturas Diversas y Sistema Penal” en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf); “Los regionalismos culturales y la ley penal”, Revista de Derecho Penal y Criminología Nro.2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.
- GUZMÁN HARTMANN, ERIKA, “Legislación Penal indígena desde la colonia hasta

## Bibliografía

1980: ¿Imputabilidad o inimputabilidad?” en línea

[www.elcentro.unidades.edu.co/cr/antropología/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.doc](http://www.elcentro.unidades.edu.co/cr/antropología/eguzman/imputabilidad/imputabilidad.doc)

- HIGHTON, ELENA. “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 307
- HULSMAN, LOUK y BERNAT DE CELIS, JACQUELINE. “Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa”, 5.A, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1984
- HURTADO POZO, JOSÉ. “El indígena ante el derecho penal: caso peruano” en La ciencia penal en el umbral del siglo XXI, (Coordinador) Moreno Hernández Moisés, México, 2001; “Art. 15 del Código penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?” en línea en [www.unifr.ch/derechopenal/anuario](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario); “Impunidad de personas con patrones culturales distintos” en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf)
- KYMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural. Barcelona, Ed. Paidós, 1996.
- KYMLICKA, Will. Ethnicity and group rights, New York University Press, 1997.
- KYMLICKA, Will. The rights of minority cultures, Oxford University Press, 1995.
- KYMLICKA, Will. Justice in political philosophy. Edward Elgar Publishing, 1992.
- KYMLICKA, Will. “El nuevo debate sobre los derechos de las minorías”, en Ferran Requejo. Democracia y Pluralismo Nacional. Ariel. Barcelona, 2002.
- KYMLICKA, Will. La política vernácula . Ed.Paidos, Buenos Aires, 2003.
- KYMLICKA, Will. Multiculturalism and the welfare state: recognition and redistribution in contemporary democracies. Oxford University Press, 2006.
- KYMLICKA, Will. The politics of reconciliation in multicultural societies. Oxford University Press, 2008.
- KYMLICKA, Will, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal” en Isegoría N°14 pp. 5-36, 1996.
- KYMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural. Ed. Paidós, Barcelona, 1996.
- LEZCANO, JUAN M. “Vinculación del principio de igualdad y el multiculturalismo: el caso de los pueblos originarios” en Diario La Ley Suplemento de Actualidad. 28/06/2012
- LEZCANO, JUAN M. “Aproximaciones a una teoría general del acceso a la justicia” en Diario el El Derecho (248) (ED Diario 18/07/2012, nro. 13.039)
- LEZCANO, JUAN M. Trabajo Final de Teoría General del Derecho, UCSF-Doctorado Cohorte 2010, Santa Fe, 2011.
- LEZCANO, JUAN M. “Vinculaciones entre la diversidad cultural y la teoría del delito: error de comprensión moralmente condicionado” en Revista de Derecho Penal y Criminología (Julio de 2012). Editorial La Ley.
  - LEZCANO, JUAN M. “El elemento cultural en la Teoría General del Acceso a la justicia” en La Ley. Sup. Act. 06/03/2012.-
  - LEZCANO, JUAN M. Aproximaciones a una Teoría General del Acceso a la Justicia. Ed.Astrea. p. Sección de Doctrina online , Buenos Aires, 2012.
  - LEZCANO, JUAN M. “La propiedad comunitaria indígena en la próxima reforma del

Código Civil” en La Ley Suplemento de Actualidad, 01/12/2011.

- MAYER, MAX ERNEST. “Normas jurídicas y normas de cultura”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000
- MASSINI CORREAS, CARLOS I. “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista” en Persona y Derecho. E. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, N° 48, 2003.
- MÜLLER, F. 1989. Etnografía de los Guaraní del Alto Paraná. Rosario: Ed. Socieatis Verbi Divini.
- MOUFFE, Ch., Un nuevo paradigma liberal (En línea) disponible en [http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras15/trad1/sec\\_2.html](http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras15/trad1/sec_2.html)
- RAWLS, JOHN. Teoría de la Justicia. México, FCE, 1997. Ed. Original A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971].
- PEGORARO, JUAN S. “Degradación y resistencia: Dos formas de vivir en la cárcel”. En Revista de Criminología y Derecho Penal; N° 3-4, enero-diciembre, Ed. Edino, Ecuador, 1993
- PEÑA CABRERA, RAÚL. “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano”, en A.A.V.V. “De las penas”, Libro homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997
- PÉREZ BUGALLO, RAÚL . “Las takuaras sagradas de las mujeres mbya.” en Scripta Ethnologica 25: 57-67. 2003.
- RAWLS, JOHN. “The Independence of Moral Theory”, en Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association (Nov.) Vol. 48.
- RAWLS, JOHN. Justice as fairness. Harvard University Press. 1958
- REINA TARTIÉRE, Gabriel “Las Denominadas Nuevas Formas de Dominio”. Ed. El Derecho, Buenos Aires 2004.
- ROSATTI, HORACIO D. “Status constitucional de los pueblos indígenas”, en La reforma de la Constitución, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1994
- ROSSETTI, ALVAREZ, M. (Coordinadores) Derecho a la igualdad. Córdoba, Ed. Advocatus, 2010.
- ROBERT SPAEMANN. Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología, Rialp, trad. de D. Innerarity y J. Olmo., Madrid ,1989.
- SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA - HOUED VEGA, MARIO ALBERTO - CHIRINO SÁNCHEZ ALFREDO. “El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas” en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 6, N° 9 Noviembre, 1994
- SEGOVIA, GONCALO – SEGOVIA, JUAN FERNANDO “La protección de los indígenas” en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Derecho Constitucional en la reforma de 1994 T I Ed. Depalma, 1995
- STAVENHAGEN, RODOLFO. “Derecho Internacional y derechos indígenas” en Esteban Krots Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, Ed. Anthropos, Barcelona, 2002
- SARTORI, GIOVANNI. La sociedad multiétnica. Pluralismo, Multiculturalismo y extranjeros. Madrid, Ed. Taurus, 2001.

### Bibliografía

- SPENCER, MARTIN E. “Multiculturalism, ‘Political Correctness’, and the Politics of Identity Multiculturalism”, *Sociological Forum*, Vol. 9, No. 4, Special Issue: M STAKE, R. E. Investigación con estudio de casos. Ed. Morata, Madrid, 1995.
- SORIANO DÍAZ, R., “Derecho Humanos y derechos de las culturas”, en *Fundamento y nuevos retos de los derechos humanos en un mundo en cambio*, Universidad Internacional de Andalucía, publicación electrónica, 2004.
- TOURAINE, ALAIN. “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”, en *Claves de Razón Práctica* Madrid, octubre 1995.
- VELÁZQUEZ, FERNANDO. “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Temis, Bogotá, 1997
- WIEVIORKA, MICHEL. “Is multiculturalism the solution?” en *Ethnic and Racial Studies* Volume 21, Number 5, September 1998.
- ZAMBRANO, PILAR. La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político. Análisis crítico a partir del pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2005.
- YIN, ROBERT K. *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks, CA. Sage Publications, 1994.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *La palabra de los muertos*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.
- ZAFFARONI EUGENIO R. – ALAGIA ALEJANDRO – SLOKAR ALEJANDRO. *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar. Buenos Aires. 2003
- ZAFFARONI EUGENIO R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General T IV* Ed. Ediar. Buenos Aires. 2004;
- ZAFFARONI, EUGENIO R. *La palabra de los muertos*. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2011.