

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

VIVIANA CANET

SUMARIO. 1. EL PROBLEMA. 2. LA CONSULTA. 3. LA RESPUESTA: EL PLURALISMO ASOCIATIVO INDÍGENA. 4. LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPUESTA. 5. LA FUERZA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN.

“Todo nuestro desarrollo en torno a la constitución democrática como norma jurídica apunta a lograr que las conductas humanas se hagan realidad” (1996, ps. 13- 14)

Una contribución en estas justas jornadas en homenaje al Prof. Germán Bidart Campos me brinda la oportunidad de un ámbito interdisciplinario de esta riqueza, para reflexionar sobre un tema caro a los sentimientos del Maestro: el derecho de los pueblos indígenas en Argentina,¹ tema que fuera la causa de mi tardío discipulazgo. Por eso, porque lo conocí desde el campo de las prácticas en mi tarea en el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, confieso que desconozco los muchos matices que la teoría de los derechos humanos fueron imprimiendo a su talante humanista y democrático; pero sí conozco alguno de los caminos jurídicos que encontraba para que la resolución justa de muchas situaciones se hiciera operable en la realidad, si confluían las otras dimensiones que configuran el sistema jurídico: la realidad de los pueblos y comunidades indígenas y la voluntad política, en el caso que estamos hablando. Ya en otro trabajo me ocupé de sus

¹ Recordemos que en el estado argentino viven actualmente más de 21 pueblos indígenas, 13 de los cuales conservan su lengua, habitan en 17 provincias, representan entre un 5% y 10% de la población total del país.

contribuciones al desarrollo de las prácticas de los pueblos.² Hoy quiero detenerme en un aspecto de esos aportes, aún sin vigencia, pero que entiendo se articula con su concepto de la constitución como proyecto de convivencia social en democracia. (1996, ps. 94 y ss.).³ El aporte, con forma de dictamen refiere al derecho de los pueblos indígenas organizarse para actuar en el seno de la sociedad y el estado según su derecho tradicional o consuetudinario y lo que denomina pluralismo asociativo indígena. Su fuente normativa fue el artículo 75 inciso 17 CN, y concordantes,⁴ que en el marco de una reforma que abre “una visión pluricultural y pluriétnica de la sociedad y de la convivencia” (Cf. 1999, p.5),⁵ encerraba un “campo de ideas y sugerencias cargado de riqueza y sorpresa” y que llevaba al “deber de seguir repensando todo lo que anida en la mencionada norma”.

1. El problema

El problema era y es el reconocimiento de la personería jurídica de las organizaciones sectoriales y territoriales que las comunidades y los pueblos indígenas van construyendo

² CANET, Viviana (2004): “Institucionalización de las prácticas de los pueblos y comunidades indígenas en Argentina”, Contribución presentada en el Seminario Judicial Patagónico sobre el Derecho de las Comunidades Originarias organizado por el Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia y la Defensoría General de la Nación, Viedma, Río Negro, 28 al 30 de octubre de 2004, Mesa temática: “El derecho de las comunidades originarias en la legislación nacional y supranacional”.

³ El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, Ediar, 1996.

⁴ En especial el art. 75 inc. 22 y luego del año 2001, el Convenio N° 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

⁵ “El artículo 40 es un avance”, Ideas y Acciones, Año 0, N° 3, octubre 1999, p.5.

en su gestación de un desarrollo con identidad, con plena aceptación de sus pautas tradicionales, es decir su derecho consuetudinario.⁶

En efecto, en la actualidad existen importantes organizaciones por pueblos o por provincias que carecen del registro de su personería jurídica –o lo tienen bajo las normas del derecho civil– y, por tanto, de legitimación para gestionar políticamente los temas vinculados a sus intereses.⁷

2. La Consulta

En el año 2002 la Coordinadora de Organizaciones Mapuche (COM) consultó al Dr. Bidart Campos acerca de su derecho a ser registrada en el Registro de Comunidades Indígenas (RENACI). La cuestión que planteaba –y que como dije aún no está resuelta– está relacionada con el crecimiento del pueblo mapuche en la provincia del Neuquén. La organización original que nucleó a las comunidades rurales fue la Confederación Mapuche Neuquina que desde hace más de 30 años tiene personería jurídica de derecho común. A lo largo de estos años, no sólo la Confederación ha adecuando su funcionamiento a las necesidades de las comunidades, rigiéndose en la práctica por un estatuto consensuado en sucesivos Parlamentos, sino que además se han reconstituido

⁶ “El derecho consuetudinario es el conjunto de normas basadas en la costumbre de cada comunidad de los pueblos indígenas. Son normas morales y materiales con las que se administran las actividades comunitarias a través del tiempo. Los pueblos indígenas de Argentina, por ejemplo lo vienen practicando desde siempre. Estas normas de tipo administrativo, civil, penal y religioso han permitido mantener la identidad cultural y sus derechos materiales y espirituales, como conservar la tierra o territorio, su cosmovisión y conciencia indígena, resistiendo la destrucción de la personalidad indígena por parte de los grupos dominantes que proceden de la Colonia Española y de los Estados Republicanos”, FRITES, Eulogio: El derecho indígena consuetudinario y positivo argentino, 1995.

⁷ Entre dichas organizaciones se pueden enumerar: el Consejo de los Pueblos de Jujuy, que representa a las 156 comunidades kolla y guaraní; la Asamblea de Caciques de Tartagal, que organiza las comunidades de cinco pueblos que habitan en los departamentos salteños de Gral. San Martín y Rivadavia; la Organización de Comunidades Aborígenes de Santa Fe, que representa a todas las comunidades de los pueblos toba y mocoví de esa provincia; la Confederación Mapuche Neuquina, en la que se organizan las 50 comunidades rurales de la provincia, y la Coordinadora de Organizaciones Mapuche de Neuquén; la Asamblea del Consejo de Caciques del Pueblo Guaraní, que representa una parte importante de las 73 comunidades del pueblo mbyá guaraní de la provincia de Misiones; y el Parlamento del Pueblo Mapuche de Río Negro.

comunidades, se van conformando organizaciones en los núcleos urbanos (Neuquén Capital, Zápala, Junín de los Andes, San Martín de los Andes y Chos Malal) y han creado la COM (1991) como instancia que reúne la Confederación Mapuche Neuquina, la Asociación Mapuche Newen Mapu (personería jurídica n.º 1751/ 87) y el Centro de educación Norgvltamtleayñ (personería en trámite), con facultades “[V1]de discutir y promover las demandas del Pueblo Mapuche más allá de la división caprichosa del estado de ver mapuche del campo y mapuche de la ciudad”,⁸ que entienden es una estrategia desintegradora y reduccionista llevada a cabo por el gobierno provincial; entre esas facultades se incluye la representación en el ámbito internacional con diversos organismos, entre ellos las Naciones Unidas. La Consulta se vinculó a los siguientes temas:

- “Operatividad de los principios establecidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en vigencia en nuestro país, hasta tanto se sancionen las disposiciones que hagan posible su cumplimiento.
- La competencia del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, como organismo responsable del Poder Ejecutivo Nacional en la temática y que tiene a su cargo el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI), para reconocer e inscribir organizaciones territoriales de segundo y tercer grado de los pueblos indígenas, así como organizaciones sectoriales (salud, educación, trabajo) que son fruto del crecimiento y desarrollo institucional de estos pueblos en su proceso de sentar las bases para una adecuada relación con la sociedad y el Estado Argentino.
- Los requisitos que deben cumplimentar estas organizaciones para su inscripción en el RENACI. Entendemos que ellos se vinculan con la necesidad de demostrar la legalidad de sus representantes y sus correspondientes competencias, establecidos por sus propias normativas, y que deben ser explicitadas a los fines de la legitimidad y legalidad de sus intercambios con la el Estado y la sociedad civil” (Ibíd.).

⁸ COORDINADORA DE ORGANIZACIONES MAPUCHE (2002): “Consulta al Dr. G. Bidart Campos”, inédito.

3. La solución: pluralismo asociativo indígena

Su respuesta positiva afirmó –no la posibilidad– sino el derecho de los pueblos y comunidades en el marco de lo que denominó “pluralismo asociativo indígena”, y la consecuente “obligación del estado de reconocer cualesquiera otras formas que las comunidades puedan darse en orden a su organización”.⁹ Manifestó que:

“CUALQUIER AGRUPAMIENTO, ENTIDAD O COMUNIDAD QUE SE CREE Y ORGANICE DE ACUERDO AL DERECHO INDÍGENA EN EL MARCO DE SU CONVIVENCIA COLECTIVA, MERECEN SER RECONOCIDOS, REGISTRADOS O INSCRIPTOS. ELLO SEA RESPECTO DE COMUNIDADES NUEVAS O RECONSTITUIDAS, TERRITORIALES DE SEGUNDO O TERCER GRADO, RURALES O URBANAS, SECTORIALES EN MATERIA DE SALUD, TRABAJO, EDUCACIÓN, TURISMO, ETC. [...]

EN SÍNTESIS, NI LA PROVINCIA NI EL INAI PUEDEN NEGARSE A RECONOCER Y REGISTRAR EL PLURALISMO INDÍGENA ASOCIATIVO EN TODAS SUS CATEGORÍAS INSTITUCIONALES [...]

BASTA PARA ELLO QUE LOS FINES, LA ORGANIZACIÓN INTERNA, EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN, LAS AUTORIDADES, LAS COMPETENCIAS Y LAS RESPONSABILIDADES DE CADA ENTIDAD INDÍGENA SE ENCUADREN EN LO QUE BIEN PUEDE ROTULARSE COMO LA ‘LEGALIDAD’ Y ‘LEGITIMIDAD’ DEL DERECHO INDÍGENA APLICABLE A CADA TIPOLOGÍA AGRUPACIONAL. TODO PASA QUE EN EL ÁREA DE LA JURISDICCIÓN PROVINCIAL Y EN LA DEL INAI (COMPRENDIDO EL RENACI) NO SE PRODUZCAN VEJACIONES NI OMISIONES QUE MENOSCABEN LOS DERECHOS INDÍGENAS COMUNITARIOS (COLECTIVOS) Y PERSONALES, A LOS QUE HA DE CONOCERSE Y DEPARARSE LA CALIDAD DE DERECHOS HUMANOS”
(OP.CIT.).¹⁰

Hasta el dictamen sólo cabía una interpretación restrictiva de la cláusula constitucional que “reconoce la personería jurídica de las comunidades”, ya que no menciona otras

⁹ “Dictamen a solicitud de la Confederación Mapuche Neuquina”, Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. Ambrosio I. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2002.

¹⁰ Se basó en los artículos 15 y 16 del Decreto 155/89 reglamentario de la Ley N° 23.302 y en el Convenio N° 169.

organizaciones sectoriales o territoriales, como sí lo hacen algunas constituciones provinciales.¹¹

Ahora bien, en orden a la eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente nos movemos en un círculo vicioso, porque en la medida en que no se avance en el registro de las organizaciones que para distintos fines las comunidades van forjando, será difícil legitimar y legalizar las respuestas que ellas construyen y que apuntan a configurar la agenda del problema; por lo menos, hasta tanto no se dicte una ley federal que establezca las políticas básicas y que justamente requiere por mandato constitucional la participación de las comunidades y los pueblos.

A partir del dictamen queda abierto el camino para que la autoridad competente registre estas organizaciones según sus propias formas. De esta manera, las comunidades pueden legalizar sus diversas representaciones políticas, territoriales y sectoriales que van gestando para dar respuesta a temas y problemas que por su naturaleza exceden su ámbito de competencia. Además la legalización posibilita que las prácticas vayan generando las legitimaciones, que con inusitada exigencia la sociedad demanda a los representantes indígenas, olvidando la dificultad que tenemos como sociedad para el ejercicio de la democracia representativa.

4. La construcción de la respuesta

Ya en el campo de la teoría me interesa compartir con Uds. una reflexión sobre la construcción de la respuesta. Y una manera posible de acercarse es buscar en su concepción del sistema jurídico los elementos que utilizó para construirla.¹²

¹¹ De las siete constituciones que mencionan el tema indígena solo dos reconocen además de las comunidades a sus organizaciones, son las de las provincias de Chaco (1994: art. 37) y Salta (1998: art. 15).

Considero que es la dimensión normativa la que le hace conocer la realidad sociológica. En efecto, al buscar interpretación al artículo 75 inc. 17 de la CN, encuentra que surge una responsabilidad nueva para el estado y la sociedad argentina, como dije, articular la convivencia en pluralidad de identidades y, a partir de ahí se abre al conocimiento de un aspecto de la realidad que no le era visible antes.

Por eso, la dimensión sociológica se impone a su mirada desde lo que confesaba como un “entendimiento tardío del problema” (2001, p.1).¹³ Y, a partir de ese momento (entendiéndolo 1994), es notable como en todas sus contribuciones, si ha lugar, aparece el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

En el plano axiológico son abundantes sus consideraciones sobre la justicia del reconocimiento, que se expresan por primera vez en el debate con Juan Fernando y Gonzalo Segovia¹⁴ por la constitucionalidad del reconocimiento a la luz del artículo 16 CN. En efecto considera que el derecho a la igualdad tiene un “contenido real, histórico, sucesivo y progresivo”,¹⁵ en cuanto derecho personal, y no se trata por tanto de una igualdad formal, sino de una “igualdad real de oportunidades y de trato (ahora consignada en la letra de la constitución reformada, en el inc. 23 del art. 75)” que “exige tratar de modo igual a quienes se hallan en igualdad de situación y de manera diferente a

¹² Como se sabe, se enrola en el realismo jurídico embebido del trialismo de Godschmidt y alguna medida compatible, con la egología de Cossio (cf. 1996, op.cit., p.14).

¹³ “La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿qué nos aporta la ciencia política para el Derecho Constitucional?”, 1.º de junio, Bs. As., La Ley, ps. 1-2, 2001.

¹⁴ SEGOVIA, Gonzalo, SEGOVIA, Juan Fernando: “La protección de los indígenas”, en Derecho constitucional de la reforma de 1994, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Dr. Pérez Gilhou, Mendoza, Depalma, 1997, ps. 340 y ss.

¹⁵ “Los derechos de los pueblos indígenas argentinos”, El Derecho, 1996-B, Bs. As., p. 1205.

quienes se hallan en situación también distinta” (según doctrina de la Corte Suprema citada en op.cit., p. 1206).¹⁶

5. La fuerza de los principios en el derecho de la constitución

Vislumbrado o comprendido el problema, su convicción sobre la fuerza normativa de la constitución se plasmó en dictámenes contundentes para dirimir cuestiones concretas en torno al derecho de los pueblos indígenas: como los vinculados al registro de su personería jurídica,¹⁷ a la aplicación del derecho consuetudinario con relación al ejercicio de la propiedad comunitaria de sus tierras,¹⁸ así como la obligación y responsabilidad del reconocimiento de la posesión. Hoy, me pregunto, conociendo más profundamente su pensamiento a través del estudio de su laborioso trabajo de los últimos años, cuáles fueron estos principios que iban vislumbrando como fuerza motora de la constitución, como el mismo decía.

Una obra escrita con la energía del que se pregunta y relee muchos temas para encontrar respuesta ilumina la búsqueda. Es el trabajo de investigación¹⁹ que realizara durante el año 1995, en el marco de sus obligaciones como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”, en el primer año del ejercicio del cargo.

Hablar de los principios en la teoría constitucional supone situarse en el campo de lo que denomina el contenido sustancial o material de la constitución, que alberga el “plexo de

¹⁶ Además, los avances de la doctrina privatista en el constitucionalismo explican que en los derechos personalísimos confluyen el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia como dos aspectos del derecho a la igualdad. En efecto, ambos derechos se correlacionan en cuanto implican que se respete y resguarde lo que hay de distinto en su “mismidad”.

¹⁷ “Informe al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas”, Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. Ambrosio I. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 3 de octubre de 1996, inédito.

¹⁸ “Dictamen a solicitud de la Comunidad Mapuche Vera”, Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. Ambrosio I. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, inédito, 1997.

¹⁹ El derecho de la constitución y su fuerza normativa, op.cit.

valores y principios que la alimentan como fuente primaria de valor normativo” (1996, op.cit., p. 115). Su necesaria ubicación en el campo del derecho constitucional reconoce como fundamento la necesidad de dotar de perfil nítido, dentro de una concepción amplia como la que profesa, a aquellos contenidos que constituyen el techo ideológico de nuestro proyecto institucional, a fin de que –principios y valores– no queden reducidos a “meras invitaciones, o consejos, o recomendaciones, que se supediten a lo que discrecionalmente quieran hacer, o hagan u omitan con ellos los órganos del poder estatal” (Ibíd.); es decir, darles fuerza normativa.

Porque “el contenido de los valores, principios, y derechos es el que reviste mayor densidad axiológica”, luego hay que depararle cobertura y efecto útil con la centralidad que le otorga su supremacía. Sin esa eficacia, “la supremacía [constitucional] queda defenestrada”, y es solo una declaración teórica de escasa o nula utilidad.

“LA TEORÍA DE LA FUERZA NORMATIVA SOLO MERECE ADHESIÓN Y PROPULSIÓN CUANDO SE LE ASIGNA A UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA “(1996, OP.CIT., P.121).

Es allí donde en un enfoque interdisciplinario encuentra el principio del pluralismo jurídico constitucional, por cuanto no se trata de un estado de derecho formal ni de una legalidad desmaterializada.

“CUANDO HURGAMOS EN EL ORBE DE LOS PRINCIPIOS Y LOS VALORES APARECEN LA SOLIDARIDAD, EL PLURALISMO, LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS DE TODA CLASE, LA IGUALDAD REAL DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO, ETC.” (2000B, P. 41).²⁰

Hoy, a falta de suficiente voluntad política que ponga en marcha la constitución el camino a emprender es la construcción de una masa crítica que genere fuerza de opinión en el marco de la sociedad ampliando la democracia. Tarea en la que los intelectuales

²⁰ “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada en 1994”, Hechos y derechos, N° 7, Buenos Aires, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, ps.39-47.

tenemos una responsabilidad trascendente: acompañar las demandas de los pueblos indígenas. Tarea de juristas –doctrinarios y jueces– comprometidos con los valores de la justicia y la convivencia.

Siento que lo dicho está preñado de frutos que maduraran por la confluencia de muchas acciones. Es todavía el mediodía y abundante la cosecha de una siembra tan generosa y profunda. Por ello, permítanme terminar esta contribución, con una frase de otro maestro, de esta ciudad que tantos aportes ha hecho a la cultura argentina, el pintor rosarino Anselmo Piccoli. El me enseñó que:

“MAESTRO ES AQUEL QUE PERMITE QUE EL DISCÍPULO SE SUBA SOBRE SUS HOMBROS PARA SALTAR MÁS LEJOS”.