



FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES

SEDE ACADÉMICA DE MÉXICO

Maestría en Derechos Humanos y Democracia

VI (Sexta) Promoción

2012–2014

Una Relación Imperativa.

El estándar internacional del derecho a la Propiedad Comunitaria Indígena como norma de ius cogens y su relación con el derecho de los Pueblos Indígenas en Argentina

Tesis para obtener el grado de Maestro en Derechos Humanos y Democracia

Presenta:

Gonzalo Leandro Garcia Veritá

Director de Tesis: Dr. Rodrigo Gutierrez Rivas

CoDirectora de Tesis: Mtra. Marycarmen Color Vargas

Línea de Investigación: Estado de derecho, democracia y derechos humanos.

México, DF. Septiembre de 2014.

Este posgrado ha sido posible gracias al acompañamiento de CWS Latinoamérica.

«En América todo lo que no es europeo es bárbaro: no hay más división que ésta:
1º, el indígena, es decir, el salvaje; 2º el europeo, es decir nosotros los que hemos
nacidos en América y hablamos español, los que creemos en Jesucristo y no en Pillán
(dios de los indígenas). (...)

*Nosotros, europeos de raza y de civilización,
somos los dueños de América.»*

Juan Bautista Alberdi.
*Bases y Puntos de Partida
para la Organización Política de la República Argentina.*
1852.

RESUMEN

Desde 1994 la Constitución Argentina y luego las normas del Derecho Internacional han permeado al sistema nacional un derecho arquetípico de la realidad indígena: La Propiedad Comunitaria Indígena.

En la presente se realizará un análisis que permitirá concluir que la propiedad comunitaria indígena tiene como característica fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos, ser una norma de *ius cogens* que proyecta sus efectos en el derecho argentino vigente condicionando las obligaciones del Estado y generando derechos específicos para los Pueblos Indígenas. Se comprobará esta conclusión a través de la metodología de desempaque, como estrategia de sistematización y organización del estándar internacional analizado.

Finalmente, el conjunto de variables de identidad, territorialidad y vida digna indígena permiten al autor concluir que este derecho en las condiciones de desarrollo y evolución del derecho internacional de los derechos humanos desde abajo, desde la vivencia de los derechos en las comunidades, constituye una norma de *ius cogens* internacional, especialmente relevante al tiempo del diseño de políticas públicas

Palabras Claves: Pueblos Indígenas, *Ius Cogens*, Derechos Indígenas, Tierra, Territorios.

ABSTRACT

Since 1994 the Argentinean constitution and the rules of international law have permeated the national system an archetypal right of the indigenous reality: Indigenous Community Property.

In this analysis, conclude that allowing indigenous community property has the fundamental feature of international human rights law, to be a rule of *ius cogens* that projects its effect on the current Argentine law conditional state obligations and generating will be held specific rights for indigenous peoples. This conclusion is verified

through “unpacking” methodology as a strategy for systematization and organization of international standard analyzed.

Finally, the set of variables of identity, territoriality and indigenous decent life allow the author to conclude that this law in terms of development and evolution of the international law of human rights from below, from the enjoyment of the rights in communities, is an *ius cogens* norm, especially relevant at the time of design of public policies.

Key Words: Indigenous Peoples, *jus cogens*, Indigenous rights, Land, Territories.

DEDICATORIA

A Paula y Guillermina,

por enseñarme día a día el valor de la “especial relación”,
que une los sueños con la vida.

Toda mi vida por éste sueño.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, a Paula mi compañera, que la vida y el amor me regaló, que ha compartido el esfuerzo, el sacrificio y el trabajo arduo detrás de mis estudios y mi tesis. A Guille, que iluminó mi cielo con estrellas de vida.

A mis padres Mirta y Deolindo, y mis hermanos Paula y Martin, con quienes aprendí el valor de la diversidad, y a celebrar que siendo distintos somos iguales, y que con sencillez y humildad, lo que permanece y nos hace crecer es el trabajo comprometido.

A mis compañeros y compañeras de La Revuelta en la Bisagra de la Universidad Nacional de Córdoba, con quienes comprendí el valor del compañerismo en la construcción colectiva de un país mejor, para una América Latina unida. A Lyllan Luque y Magdalena Brocca, porque han sabido regalarme un testimonio concreto y sencillo de que la Universidad se construye con los colores del pueblo,

A FLACSO sede México, por hacerme sentir como en mi casa, y poner todo al servicio de éste estudio. A Alejandra Ramirez, por tu sencillez, comprensión, y suavidad, que hicieron que estando tan lejos me sintiera tan cerca, a Michelle Strega, por su compañerismo y alegría, es importante sentirse acompañado cuando uno camina sus opciones. A Sandra Serrano, por la sensibilidad al tiempo de analizar mis dificultades para llegar hasta ahí, y poder realizar el curso, por sus opiniones y compartidas de saberes sobre el tema de mi tesis que me ayudaron a afinar la argumentación. A Michel Maza, por enseñar con su palabra y su trabajo que los derechos humanos son de todos y todas, y que podemos ser químicos y excelentes profesores de derechos humanos, porque se trata de vivir por los derechos humanos. A Juan Carlos Arjona, por su trabajo full time al servicio de mis dudas, preguntas, re preguntas, y vueltas a las dudas, por los mensajes colectivos, por sus consejos, por haberme acompañado, aun cuando ya no era tu tarea hacerlo. Gracias compañero. A Luz Ángela Cardona, por sus orientaciones con el protocolo de investigación y sus correcciones, hicieron que sea más liviano el trabajo de escritura. A Paula Valle, por su acompañamiento en la redacción de la tesis y su seguimiento constante.

Al director y a la codirectora, MaryCarmen Color Vargas y Rodrigo Gutierrez Rivas, por el compromiso “letra por letra” asumido, por sus orientaciones que hicieron de una idea una tesis, y de una tesis una herramienta política. Gracias por su acompañamiento conjunto, que me permite sentir que hemos creado. Pues yo creo en ésta tesis, como creencia y como creación.

Al lector y lectora de tesis, Lelia Jiménez y Santiago Aguirre, que han aportado alientos y un sentido colectivo más profundo a esta obra con sus observaciones. Su compromiso se tradujo en trabajo concreto.

A mis compañeros de FLACSO, a mis amigos, los de acá, los de allá, los de arriba y los de abajo, a todos y todas. A Luciana Giacomodonatto y Nicolás Martino, porque aprender el valor de la amistad abraza el compromiso con otro u otra que uno elige para andar la vida. A Julieta Lamberti, y Ramón Lugo, por regalarme en cada viaje a México, ese “que se yo, viste” de estar en un país lejano compartiendo vida cotidiana. A Adrián Piejko, compañero de aventuras por México, amigo y vecino boliviano, gracias por tu testimonio y compañerismo.

A Pablo Sánchez, marista, a los hermanos maristas de México, a Cheval, Ricardo y Pepe, a mis compañeros de la Residencia Marista en México, sin su testimonio de fraternidad hubiera sido muy difícil poder iniciar, desarrollar y concluir mis estudios, estaré siempre agradecido a Uds., y a lo que hicieron desinteresadamente por mí, ojalá la vida me dé la oportunidad de retribuir tal generosidad.

A mis compañeros de la Secretaria por el respeto y la Dignidad de Misión Nueva Pompeya, A Marisa, Horacio, Maria Elena, Julio, Biemba, Carlos, Rosi, y a toda la familia de Misión Nueva Pompeya, en ese lugar tan alejado y tan cerca de mí, encontré parte de mi vocación. A mis compañeros de JUM, a Alba, Raúl, Johana, Nelin, Mabel, Ana Rosa, Ariel y Anita, Tomás, y todos y cada uno de los que han acompañado mis humores, mis preocupaciones, y mis alegrías. A Ana Belén Molina y a José Luis Steeman, el empuje de sus compromisos también inspira al que los conoce.

A CWS – Oficina Latinoamérica, a Martin y Fionuala, por la sensibilidad con los Pueblos Indígenas y sus luchas que me permiten estar hoy acá. A Cecilia Baroni, y a las autoridades de la Fundación Chaco Solidario, por colaborar con mí proyecto de estudio.

A Julio Garcia, Maximiliano Almirón, Carlos Benedetto, Jorge Collet, A Fabian Troncoso, a mis compañeros de la AADI y de APDH, por sus testimonios comprometidos que inspiraron mi lugar en las luchas indígenas.

A Bashe nuhem Charole y a José Orquera, por los aportes en lengua qom y sus consejos. A Epifanio Leiva, y a la Comisión Qom de Tierras de Miraflores, por tratar de hacerme entender la especial relación que tienen con sus territorios.

Al pueblo Wichí, Qom y Moqoit.

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN	8
2.1. El Enfoque de Derechos Humanos, los Pueblos Indígenas y el derecho a la propiedad y posesión comunitaria de las tierras y territorios	9
2.2. La Subjetividad Indígena: la identidad	10
2.2.1. Los Pueblos Indígenas como sujetos autorreferenciados	10
2.2.2. Los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de derechos	12
2.2.3. Los Pueblos Indígenas como sujetos de políticas públicas.....	14
2.2.4. La relación de los Pueblos Indígenas y los territorios ancestrales	17
2.3. La autodeterminación indígena como paradigma de interpretación.....	18
2.4. De la Propiedad Comunitaria Indígena.....	19
2.5. Reseña Histórica del DIDH de los Pueblos Indígenas.....	20
2.5.1. Los Convenios de la OIT	21
2.5.2. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	22
2.5.3. El Proyecto de Declaración de la OEA.....	23
2.5.4. La Reforma a la Constitución Nacional Argentina de 1994 y su proyección en las Reformas Constitucionales Provinciales posteriores	24
2.5.5. El Bloque constitucional argentino.....	25
2.6. Las Normas Imperativas y el DIDH de los Pueblos Indígenas.....	27
2.7. La fuerza vinculante de la UNDRIP.....	30
3. LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA	31

3.1. El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.....	32
3.1.1. Aportes Convencionales específicos del SUDH. El Convenio 169 de la OIT y su regulación sobre la PCI.....	36
3.1.2. Aportes de la UNDRIP	39
3.1.3. Aportes de la Relatoría de los Pueblos Indígenas de la ONU	41
3.2. La PCI desde el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	42
3.2.1. Caso de la comunidad de Mayagna Sumo (Awas tingni) contra Nicaragua.....	45
3.2.2. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname.....	46
3.2.3. Casos de las Comunidades del pueblo Exnet–Lengua vs. Paraguay.....	46
3.2.4. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador	50
3.2.5. Casos de la CIDH. Informes de Fondo.....	51
3.2.6. La PCI en el sistema de Derecho Argentino.....	52
3.2.7. De la Jurisprudencia Nacional	52
3.2.8. De la Jurisprudencia Provincial de Chaco	54
3.3. Del Derecho al Reconocimiento Jurídico de las Tierras y territorios como subderecho de la PCI.....	57
3.4. De las Obligaciones Generales de Respetar, Proteger, Garantizar y Promover la PCI.....	60
3.5. De los Elementos Institucionales de Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Calidad	62
3.6. Los Principios de aplicación	64
4. ANÁLISIS	66
4.1. La PCI y el Derecho a la Vida Digna	66

4.2. LA PCI y la Identidad indígena	70
4.3. La PCI y las normas de ius cogens	71
4.4. Elementos de Identificación del ius cogens	77
4.4.1. Criterio de pertenencia al Derecho Internacional General.....	77
4.4.2. Criterio de Aceptación y Reconocimiento de la Comunidad Internacional.....	77
4.4.3. Criterio de Inderogabilidad.....	78
4.4.4. La doctrina de Erik Suy	78
4.5. El Condicionamiento al Estado Nacional de la norma imperativa	79
4.6. La Ponderabilidad y la Determinación Judicial	81
4.7. La PCI desde abajo	84
5. CONCLUSIÓN	87
6. BIBLIOGRAFÍA	96

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
C107OIT	Convenio 107 de la OIT
C169OIT	Convenio 169 de la OIT
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEARC	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CERD	Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CN	Constitución Nacional Argentina
COMITÉ CERD	Comité de la Convención para la eliminación de la Discriminación Racial
COMITÉ DDHH	Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
COMITÉ DESC	Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DESC/DESCA	Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIDHPI	Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas
DIP	Derecho Internacional Público
ECOSOC	Consejo Económicos y Social de Naciones Unidas
MEDHPI	Mecanismo de Expertos en derechos humanos de los Pueblos Indígenas
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PCI	Propiedad Comunitaria indígena

PIDCYP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales
SIDH	Sistema interamericano de protección de derechos humanos
SUDH	Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

«Na qompi n” toteguac da qa huo”o na yahu”o som nowet qataq so bashe (huashe) cha” ashe nachesohua” n”tela”a she mashe ishet da qaiqa machecqa nam aviaq impenetrable, qataq ima”ac nam huetaleq ishet da huo”o qam qaianaigui qataq qa”ntoneq. Nowet qataq bashe n”tela”a se” e”so tonaxac qataq shiaxahuapi.»

«El pueblo Qom celebra en el respeto a Nowet y Bashe, como guardianes del Monte, la armonía con el monte impenetrable, cada especie, cada animal, cada persona, cada planta, tiene un lugar que debe respetarse. Nowet y Bashe cuidan ese respeto y el pueblo Qom lo sabe desde siempre.»

Bashe Nuem. Hermana del Pueblo Qom

La presente investigación dará cuenta de la característica de ius cogens de la PCI a través del desempaque de las obligaciones y los elementos esenciales para tratar de explicar desde el DIDH la protección a la especial relación de los Pueblos Indígenas con sus tierras y territorios.

Con la reciente incorporación en el escenario constitucional de la PCI con la última reforma de la carta magna, ante la dispersión de fuentes del DIDH, y el escaso desarrollo doctrinario en la academia de éste derecho, resulta ineludible el desarrollo del estándar de protección internacional y la explicitación de la forma en que se produce el condicionamiento al Estado Nacional al tiempo de diseño e implementación de políticas públicas.

Específicamente esta tesis buscará indagar sobre una característica fundamental de la propiedad comunitaria indígena en el DIDH, considerando especialmente los derechos y obligaciones que genera para el Estado argentino. Ésta indagación tiene como argumento principal o hipótesis sustantiva concebir que la PCI tiene como característica fundamental en el DIDH ser una norma de ius cogens que proyecta sus efectos en el

derecho argentino vigente condicionando las obligaciones del Estado y generando derechos específicos para los Pueblos Indígenas.

El derecho a la Propiedad Comunitaria Indígena (en adelante “PCI”, “Propiedad Comunitaria”, o “propiedad indígena”) es un derecho humano fundamental de los Pueblos Indígenas del mundo, y así se lo ha comprendido desde las primeras convenciones internacionales que se refirieron a ella. Así pues, en 1957 la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pone en la agenda internacional la cuestión de los Pueblos Indígenas y el derecho a sus tierras y territorios en el Convenio 107 de visión integracionista y asimilacionista (Gomiz y Salgado, 2010: 37), y que a pesar de ello, ha tenido el mérito de ser el primer instrumento internacional que de manera expresa cristaliza obligaciones internacionales para los Estados en la materia de derechos indígenas.

Dicho instrumento del Sistema Internacional de protección, ha sido revisado y complementado con un enfoque de Derechos Humanos en el Convenio 169 OIT principalmente ajustando el eje de comprensión en el paradigma de igualdad material de los Pueblos Indígenas, reconociendo la diversidad cultural y priorizando su respeto.

De manera congruente con ésta evolución, el proceso de cristalización de normas del DIDH ha sido un exponente claro, por lo que así y luego de casi 20 años de deliberaciones emerge en el seno de las Naciones Unidas, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP por sus siglas en inglés) como el más acabado, concreto y sistematizado esfuerzo de consenso internacional en la materia (ONU, 2007; Stavenhagen, 2010). De esta forma esta investigación brinda al campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos una mayor especificidad abordando áreas del derecho de Pueblos Indígenas, y participando de esta forma en el proceso de evolución que dicha rama del Derecho Internacional Público ha ido asumiendo en los últimos años (Cançado Trindade, 2009)

La UNDRIP ha sido fruto de un proceso importante de deliberación donde los protagonistas del mismo han sido las propias comunidades indígenas del mundo representadas por los mecanismos del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (Benedetti, 2012; Gomiz y Salgado, 2010; Asbjørn, 2010). Sin embargo, la

propia forma adoptada por el instrumento normativo internacional –como aparente *soft law*– hace necesaria la especificación de su fuerza normativa respecto de la PCI.

Paralelamente en el ámbito interamericano, luego del Caso de La comunidad Mayagna Sumo (Awas Tingni) contra Nicaragua (Corte IDH, 2001) se produce un importante desarrollo de los pronunciamientos de los organismos regionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que repercute directamente en el sistema interamericano de protección al comprender dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la PCI asignándole igual protección que el derecho a la propiedad del tratado interamericano.

En el plano nacional, la última reforma a la Constitución Nacional elevó a su jerarquía a la PCI (art. 75 inc. 17 CN), por lo que es puesto en la agenda política actual la urgente necesidad de contar con estudios profundos del estándar de la UNDRIP, y del DIDH en materia de propiedad comunitaria indígena. Además, éste derecho es de actualidad y de emergencia en Argentina, y la hipótesis que se sostiene en el cuerpo de la investigación puede incidir significativamente en los actuales debates sobre la inclusión de la PCI en el Código Civil Argentino (Vázquez, 2012) y en la situación de emergencia territorial de las propiedades comunitarias indígenas argentinas, que fuera decretada por la ley federal N°26160 y sus prórrogas, marcando una agenda de discusión del diseño de implementación de éste derecho.

El problema de investigación es delimitado al Estado Argentino, como unidad geográfica de la presente y respecto de su propio sistema de normas, las que son revisadas desde el derecho argentino vigente como criterio temporal, comprendiendo especialmente la situación post reforma constitucional de 1994 y la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en 2001.

La tesis pretende abrir la discusión en nuevas formas de protección a la PCI enfocadas por un lado desde el DIDH como espacio de legitimación política, y desde el derecho consuetudinario indígena como espacio de determinación sustantiva del derecho.

De forma consecuente otorga nuevos marcos de intervención judicial, dado que una de las características más relevantes de la comprensión del concepto de *ius cogens* es su

capacidad de invalidar cualquier norma –u acto– que se oponga a ella, en otras palabras, la inderrotabilidad de la norma imperativa de DIDH (Diez de Velasco, 2003; Sorensen, 2002; Ollarves Irazabal, 2007; Pastor Ruidrejo, 2008), por lo que el control de convencionalidad y el análisis de compatibilidad de las normas internas con todo el concierto de normas de DIDH y el estándar de la PCI cobra especial relevancia.

En materia de incidencia de políticas públicas del poder Ejecutivo, aporta elementos de comprensión en materia de reconocimiento de la “especial relación” (Corte IDH, 2010) que tienen los pueblos con sus territorios, a los fines de que las medidas de promoción y la obligación de respeto puedan proyectarse más allá del mínimo esencial del derecho (Abramovich y Courtis, 2000). Así planteada la tesis, el cuerpo de magistrados del Poder Judicial argentino podrían por vía del control de convencionalidad (Ferrer Mac-Gregor, 2011), en función de la jerarquización de la norma por el principio pro persona (Pinto, 2007) y de su estrecha vinculación con la dignidad de los Pueblos Indígenas (Corte IDH, 2001) completar la formulación de la obligación de garantía contenida en el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional con el estándar de la norma imperativa (*ius cogens*) de la PCI en el DIDH.

Así mismo, importa al concepto de autodeterminación de los Pueblos Indígenas, con la interpretación culturalmente adecuada del estándar de la PCI, dado que se presentan marcos específicos de articulación normativa en el país, mediante la comprensión la PCI como norma de *ius cogens* internacional y autodeterminación repercutiendo como discurso de poder para las comunidades indígenas al resaltar la imperatividad del derecho jerarquizándolo y completando a la fórmula constitucional de la PCI (Benedetti, 2012).

Las normas imperativas en los derechos humanos de los Pueblos Indígenas no constituyen una materia exhaustivamente investigada, de hecho ni siquiera lo es el concepto de *ius cogens* el que es relativamente reciente también (Damato, 1991; Abello-Galvis, 2011; Orakhelashvili, 2006), siendo escasa la información, ésta tesis pretende aportar a complejizar el debate desde el ángulo específico del Derecho Indígena Argentino.

Comprender como norma de *ius cogens* del DIDH a la PCI implica un cambio de concepción incluso en el concepto de *ius cogens* el que se podrá vitalizar de las

discusiones en torno al principio de igualdad y al modelo de no discriminación como no sometimiento (Saba, 2008; Saba, 2008b), podría coadyuvar a formular cimientos para la interpretación de normas imperativas por grupos históricamente desventajados (Fiss, 1999; Fiss, 2002) propugnado fórmulas de universalidad localizada de derechos (Sousa Santos, 2003), que respeten y celebren la identidad de cada pueblo o grupo social, de manera tal que lo definido como norma imperativa para los Pueblos Indígenas como la PCI podría no ser norma imperativa para las mujeres por ejemplo, aunque deriven ambas de la misma situación normativa: el principio de igualdad y no discriminación.

Párrafo aparte merece la proyección en el plano metodológico de la dispersión normativa y doctrinaria referida, dado que se presenta el análisis de la formulación de estándares internacionales (el desempaque de derechos) como la vía idónea para otorgar mayor sistematicidad a la PCI, con los derechos y obligaciones desempacados se ha buscado incidir en el diseño y aplicación de políticas públicas, por sobre un análisis dogmático-jurídico de comparación o interpretación de normas propio de un derecho desde arriba (Rajagopal, 2005).

En éste sentido, la formulación de estándares internacionales o desempaque de derechos como metodología representa el sentido de la construcción de “un marco analítico para dimensionar los derechos y sus obligaciones” (Serrano y Vazquez, 2014) que permite analizar los diferentes componentes del derecho a la propiedad comunitaria indígena como estándar internacional, con una característica especial que condiciona la lectura de las obligaciones del Estado, a manera de resumen, en el plano interno por adecuación de legislación y en el plano exterior por responsabilidad internacional.

Esta afirmación, profundamente relevante desde el ámbito académico dado la escasa literatura científica de sistematización del derecho presentado y la reciente formulación de normas del derecho internacional de los derechos humanos, hace a la originalidad y al abordaje necesario de la PCI.

En suma, el desempaque, propondrá una forma clara, gradual y abstractamente estratificada según los componentes del derecho al tiempo de formular el estándar (Serrano y Vazquez, 2014). La PCI comprende a los fines de la debida *desagregación* del derecho especialmente el derecho al ambiente, el derecho a acceder a la tierra y territorios ancestrales, el derecho al uso y disfrute de sus tierras y territorios, el derecho a

la consulta libre, previa e informada sobre acciones que afecten sus territorios, el derecho a acceso, uso y desarrollo de sus recursos, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de sus comunidades, el derecho a la cultura e identidad cultural, el derecho a la demarcación y delimitación de las tierras y territorios, el derecho al respeto por las formas culturales y sistemas ancestrales de tenencia de tierras y territorios, el derecho al reconocimiento de formas nómades y/o seminómades de ocupación territorial, el derecho al reconocimiento de la costumbre indígena como fuente del derecho a las tierras y territorios, el derecho a un trato equitativo en la distribución de nuevos territorios, el derecho a la reparación integral cuando exista desplazamientos forzosos, el derecho a mantener y fortalecer la relación espiritual con las tierras y territorios, el derecho a participar del diseño de políticas públicas referidas a sus tierras y territorios, etc.

En la presente, y principalmente en el capítulo III, se lleva adelante la desagregación del derecho al reconocimiento jurídico de sus tierras y territorios, con la convicción que éste componente muestra con mayor claridad las obligaciones que nacen para el Estado por la caracterización de la PCI como norma imperativa del DIDH.

El Capítulo III desde la metodología de la formulación de estándares internacionales (desempaque) realiza un ensayo de sistematización de la PCI, buscando revisar el contenido del derecho, los subderechos, los elementos esenciales y los principios de aplicación del estándar internacional de la PCI

Previamente, en el Capítulo II, se exponen los aportes teóricos más importantes sobre la caracterización de los Pueblos Indígenas sobre la territorialidad y la identidad como ejes, se pretende mostrar que las normas indígenas han tenido un proceso histórico de construcción, y que se ha proyectado en debates académicos que profundizaron y complejizaron los debates. Exponiendo los procesos históricos y la formulación doctrinaria se cimentará el debate sobre las normas de *ius cogens* en el DIDH, específicamente de la PCI en el DIDH y de qué forma pueden condicionar las obligaciones del Estado Argentino

Por su parte en el Capítulo IV de análisis se considera especialmente la vinculación del derecho desempacado en el Capítulo III con la vida digna, la identidad y las normas de *ius cogens*. En este último aspecto se colige la conclusión de la presente tesis,

adelantando que del resultado de desempaque de derecho de la PCI puede determinarse los diferentes criterios que hacen que una norma como la PCI sea considerada ius cogens internacional.

Finalmente en el Capítulo V, se exponen las conclusiones de la tesis, confirmando la hipótesis sustantiva por la vinculación de los Pueblos Indígenas y su especial relación con las tierras y territorios ancestrales con sus planes de vida.

Será tiempo de acompañar con los colores de la Whipala el análisis del derecho, de las normas de ius cogens y los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, en esta tarea de comprender esa “relación especial” que tienen las comunidades con sus territorios.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El desarrollo del presente capítulo contextualizará las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de los Pueblos Indígenas y su permeabilidad en el sistema de Derecho Constitucional argentino en la actualidad. Para ello, es importante traer en consideración que,

«Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de poblaciones que viven esas mismas tierras, o junto a éstas. Además son pueblos en la medida en que constituyen comunidades diferenciadas con una continuidad de existencia e identidad que los vincula con las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral.» (Anaya, 2005: 24)

De la cita del ex relator para las libertades y derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, se siguen dos aspectos centrales del universo indígena: Identidad (la subjetividad indígena) y Territorialidad. En el presente estado del arte se abordarán aportes teóricos sobre ambos supuestos, con el fin de brindar elementos para la caracterización de las normas sobre propiedad comunitaria como normas de *ius cogens* y su vinculación con el bloque constitucional argentino, asumiendo la importancia que poseen estos elementos en la configuración del derecho a la vida digna de los Pueblos Indígenas (PI).

En el desarrollo del presente capítulo de la tesis, se tendrán especialmente en cuenta las discusiones sobre la fuerza normativa de la propiedad comunitaria indígena (PCI) desde el enfoque propuesto por la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) y el sistema de incorporación de estándares internacionales por el bloque constitucional argentino.

Todo ello, con la idea de coadyuvar en el esfuerzo de sistematizar la dispersión jurídica y doctrinaria del derecho de los Pueblos Indígenas y de la propiedad comunitaria indígena en el derecho argentino.

2.1. El Enfoque de Derechos Humanos, los Pueblos Indígenas y el derecho a la propiedad y posesión comunitaria de las tierras y territorios

Los crímenes de la segunda guerra mundial tensionaron a las normas internacionales a dar un nuevo cauce a las respuestas para fortalecer el sistema de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El escenario internacional luego de la posguerra significó la irrupción en el clásico Derecho Internacional General, de nuevas formas de interpelación a las pretensiones de los Estados nacionales y su soberanía, íconos de las premisas del Derecho Internacional Público (Diez de Velasco, 2003; Sorensen, 2002; Pastor Ruidrejo, 2008).

Consecuentemente con ello, se observó un profundo fortalecimiento del sistema de Naciones Unidas y de su posición como organización internacional con vocación universal. Ésta situación promovió un escenario de fertilidad para el naciente Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que debía dar respuestas de protección y marcos de promoción de los derechos humanos (DDHH) luego de las heridas provocadas por los crímenes en las guerras mundiales del SXX (Cañado Trindade, 2009).

En el sistema universal se consolidan los dos instrumentos más importantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas: el Convenio 169 de la OIT (OIT, 1989), y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU, 2007).

Ambas normas representan el esfuerzo internacional por cristalizar y operar instrumentos de reconocimiento de derechos que promuevan estándares internacionales compatibles con la dignidad de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, desde estricta dogmática ambos instrumentos, la UNDRIP y el Convenio 169 (C169OIT), pertenecen a esferas normativas diferentes por su naturaleza jurídica; uno como resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otro como tratado internacional respectivamente.

A continuación se analizarán los discursos y las formas en el que ha ido contemplando en el escenario internacional la incursión de los derechos de los Pueblos Indígenas en los dos sentidos ya referidos: (1) la formulación de caracterización de la

subjetividad indígena en tanto titulares de derechos humanos (la subjetividad indígena) y (2) la especial relación con sus tierras y territorios (la territorialidad).

2.2. La Subjetividad Indígena: la identidad

2.2.1. Los Pueblos Indígenas como sujetos autorreferenciados

«El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial,

Habiendo examinado los informes de los Estados Partes sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos,

Opina que esa definición, si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada.» Recomendación General N°VIII relativa a la interpretación y aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención, 38º período de sesiones, 1990. (CERD, 2000)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD), es el órgano creado por la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (IMADR, 2011) y se compone por personas expertas en la materia, teniendo entre sus mandatos realizar comentarios generales de interpretación del convenio. La recomendación general N° VIII expone de manera concreta, en el marco del derecho convencional, el estándar internacional de la auto referencia o auto identificación étnica o racial.

Concordantemente con la autodeterminación indígena, y en la base del proceso reflexivo internacional, se encuentra el principio de autoidentificación indígena. Es importante tener presente que no existen convenciones internacionales sobre qué debe entenderse por Pueblos Indígenas, y por términos análogos (aborigen, nativo, originario, etc.) (Stavenhagen, 2008: 38) Sin embargo, el informe Cobo primero y luego la presidenta del Grupo de trabajo para cuestiones indígenas de la ONU, Sra. Irene Daes, han referido criterios de identificación donde se priorizan sobre otros, la pertenencia a una cultura anterior a la invasión colonial (Martinez Cobo, 1986; Stavenhagen, 2008: 40)

El Convenio 169 de la OIT (OIT, 1989: 1) ha tomado los elementos de la caracterización del informe Cobo, la condición pre colonial como elemento “objetivo”, y ha priorizado y cristalizado en su articulado la auto identificación indígena como una

norma compatible con principio de igualdad, como elemento “subjetivo”. Dicho principio del derecho indígena internacional “es un criterio político, limitativo del poder estatal y vinculado a la libre determinación [de los Pueblos Indígenas]” (Gomiz y Salgado, 2010: 60).

«Debe reconocerse que la pertenencia a una comunidad indígena entraña no sólo derechos y obligaciones de la persona respecto de su grupo, sino que también puede tener consecuencias jurídicas con respecto al Estado. En la elaboración y aplicación de políticas relativas a los Pueblos Indígenas los Estados deben respetar el derecho a la propia definición y a la conciencia de la propiedad identidad de los Pueblos Indígenas.» (Stavenhagen, 2008: 41)

El más reciente documento consensuado de Naciones Unidas, la UNDRIP (ONU, 2007), no cristaliza ninguna definición de Pueblos Indígenas y la referencia a los destinatarios de las normas es “Pueblos Indígenas” sin reservas y sin definición normativa (Henriksen, 2010: 84; Anaya, 2007).

Sin embargo la referencia y preponderancia del criterio de autoidentificación y la autodeterminación en la UNDRIP es clara,

«**Artículo 33.** 1. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.costumbres y tradiciones» (ONU, 2007)

Como se había referido previamente el Convenio 169 promovió una norma concreta, sencilla y ajustada a la autodeterminación indígena en la conceptualización normativa de “Pueblos Indígenas” como sujetos de derechos del DIDH:

«En el derecho internacional se identifica a los Pueblos Indígenas por dos elementos objetivos y uno subjetivo, como se desprende del Convenio 169 de la OIT. Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico (preexistencia de los pueblos a los estados) y a un hecho actual (vigencia de sus instituciones propias). El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual).» (Yrigoyen Fajardo, 2011: 3)

Por su parte el Estado Argentino, con la reforma constitucional de 1994 incorpora a la Carta Magna argentina el art. 75 inc. 17 y el inc. 22, que derogan la fórmula anterior propia del paradigma de la misión civilizadora –como se verá en el acápite siguiente– y estandariza una norma sobre la formulación del enfoque de derechos y la conformación constitucional del bloque de constitucionalidad (Salgado, 2012: 267 y ss). De ésta

manera, nace un nuevo sujeto colectivo de derechos en el orden constitucional: la comunidad o el Pueblo Indígena (Bravo, 2012: 299).

2.2.2. Los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de derechos

La conceptualización de la subjetividad indígena es uno de los ejes de debate en los foros de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y representa un problema del ejercicio igualitario de los derechos (Daes, 2010; Bronstein, 1999; Stavenhagen, 2008).

Es importante tener presente que se abordará un argumento que requiere, primariamente la exposición de la conceptualización de “Pueblos Indígenas” como sujetos de derecho considerando su pertenencia a un grupo históricamente sometido y, en segundo lugar, la comprensión de la igualdad en el derecho con la aportación del dato sociológico: la igualdad estructuralmente concebida.

Coincidiendo con la estructura de análisis referida, primeramente se caracterizará a los Pueblos Indígenas como un grupo históricamente desventajado respecto del ejercicio de derechos (Fiss, 1999).

Se ha dicho que lo que caracteriza a un grupo social es el agrupamiento de personas que constituyen una entidad, es decir que tienen una existencia diferenciada de sus individuos y que mantienen interdependencia entre sus miembros (Fiss, 1999: 138).

Además de constituir un grupo social, las comunidades indígenas han sido condicionadas socioeconómicamente en el contexto histórico regional (Filippi, 2009: 18 y ss.; Anaya, 2010: 201) permaneciendo en el tiempo hasta la actualidad, lo que denota la subordinación socioeconómica a grupos sociales con mayor posición de poder (Fiss, 1999: 140).

El informe de la Organización Internacional del Trabajo de 1953 sobre las condiciones de vida y trabajo de los Pueblos Indígenas (Stavenhagen, 2008) es por demás ilustrativo de la situación indígena:

«En general, el nivel de vida de las poblaciones aborígenes en los países independientes es extremadamente bajo y en la gran mayoría de los casos es considerablemente inferior al de las capas menesterosas de la población no aborígen.» (OIT, 1953)

Al mismo tiempo los Pueblos Indígenas mantienen un estatus limitado en cuanto a su poder político, ya sea dentro de los Estados nacionales latinoamericanos, con una clara

minoría indígena ejerciendo cargos en la función pública; ya sea en el escenario internacional, sumado a un nivel limitado de incidencia en las políticas públicas. En éste último sentido y a manera de ejemplo se subrayan los excesivos tiempos que conllevan los consensos internacionales sobre el reconocimiento de derechos, como el paradigmático caso de la UNDRIP que implicó más de 20 años del proceso de negociación hasta su aprobación (Stavenhagen, 2010), o el aún inconcluso proyecto de la Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos Indígenas que se encuentra en condición de búsqueda de consensos actualmente, y fuera encomendado en 1989 por la Asamblea General de la OEA.

Finalmente siguiendo a Owen Fiss, los Pueblos Indígenas reúnen las características de un grupo socialmente desventajado, es decir que, “a) constituyen un grupo social; b) el grupo ha estado en una situación de subordinación prolongada; c) el poder político del grupo se encuentra severamente limitado”. (Fiss, 1999: 144)

En el mismo sentido, Saba expresa que:

« [La falta de accesibilidad a derechos es] el resultado de una situación de exclusión social o de "sometimiento" de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan» (Saba, 2008: 167)

De esta manera, el ejercicio igualitario de los derechos de los Pueblos Indígenas requiere la incorporación como paradigma de los estudios sobre igualdad estructural y los aportes teóricos que dan cuenta del complejo rol de los grupos socialmente desventajados y principio de no discriminación (Fiss, 1999; Fiss, 2002; Saba, 2008; Saba, 2008b)

Consecuentemente con ello, y con el segundo presupuesto referido previamente, de la igualdad concebida estructuralmente como condición del ejercicio igualitario de los derechos, se tiene presente el concepto clásico de igualdad normativa ante la ley. El llamado principio de igualdad como no discriminación proyecta una idea individualista de la igualdad,

« [...] según el cual, la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad [de la distinción], test que algunas categorías (“las sospechosas”), se presume, a priori no pueden superar.» (Saba, 2008: 177)

La igualdad concebida estructuralmente en cambio, incorpora el “dato sociológico” de la permanencia a un grupo socialmente desventajado (Saba, 2008: 190). En consecuencia,

“[...] la lectura estructural de la igualdad ante la ley entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos”. (Saba, 2008: 187)

En conclusión, los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de derechos tienen características específicas como grupo socialmente sometido lo que implica la asunción de un criterio de igualdad ante la ley que esté al servicio de la eliminación de la situación de sometimiento.

2.2.3. Los Pueblos Indígenas como sujetos de políticas públicas

El Estado ha diseñado diferentes respuestas al ejercicio de derechos en las comunidades indígenas que han variado desde sus inicios, con el objeto de exponerlas sucintamente se identifican especialmente dos patrones de intervención: el paradigma de la civilización y el paradigma de la autodeterminación.

El derecho como una de las expresiones preponderantes del control social formal, expresa en su contenido y diseño la matriz ideológica asumida por el Estado, y en ese rol dialoga normativamente (y coactivamente) con sus ciudadanos y con otros Estados.

Ya sea la misión de civilización o la autodeterminación indígena, han implicado formas de conceptualizar el diseño de políticas públicas que conllevaron una concepción del sujeto destinatario, es decir que tanto uno como el otro, no sólo han concebido una forma específica de respuesta estatal o un *cómo*, sino que sostienen un delineado y preconcebido *quién*.

En éste último sentido, el derecho se ha ocupado preponderantemente de referir a las comunidades indígenas como objeto de tutela o destinatarios de una “misión de civilización” (Anaya, 2005: 71 y ss.). Refiere el profesor Anaya, en estos términos al rol de derecho, y los agentes del control social:

« [...] arraigada en nociones degradantes de las culturas indígenas, la tutela con frecuencia operó más como una justificación de la colonización que como una barrera para detenerla. En virtud de una misión de civilización, los agentes de los gobiernos y de las iglesias cristianas procedieron durante la primera parte del Siglo XX a desintegrar las diversas formas de organización

social u política, a disgregar las posesiones comunales y a suprimir las prácticas culturales. En última instancia, la misión de civilización [...] facilitó el trabajo de las fuerzas predatorias que se disputaban el control sobre los Pueblos Indígenas y sus territorios.» (Anaya, 2005: 76)

Hasta la aprobación del Convenio 169 de la OIT en las fuentes normativas y en el diseño de políticas públicas respecto de los Pueblos Indígenas, se concebía a la cultura indígena como pre civilizada y menos desarrollada que la cultura occidental. La respuesta que el derecho debía dar, y con él los diferentes sistemas de control social, debía orientarse a la civilización al estilo misionero religioso.

Al respecto la misión de civilización –y su doctrina tutelar–, como enseña Anaya, implicaba una apropiación de los postulados del “racismo científico” y “el objetivo de la tutela era apartar gradualmente a los Pueblos Indígenas de su naturaleza “atrasada” y “civilizarlos”.” (Anaya, 2005: 72)

Éste paradigma ha sido el icono de la política pública argentina y el presupuesto de la fórmula constitucional indígena hasta 1994, que con evidente elocuencia refería: “[Corresponde al Congreso de la Nación] inc. 15) Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” –Art. 67 inc. 15 CN – 1853/60–. De ésta forma se denota la frontera teleológica de la política pública referida a Pueblos Indígenas que sostuvo el Estado argentino constitucionalmente hasta 1994: “conservar el trato pacífico con los indios” (García Lema, 2012: 285 y ss; Alterini, et al., 2005: 131 y ss).

Como enseña Osvaldo Bayer (2010) el trato pacífico indígena era el signo de expresión de la posición política que completa el paradigma civilizatorio: el indígena como extranjero,

«Se decía que estos indios debían ser tratados con arreglos a la civilización y a la humanidad, colocándolos bajo el amparo de las leyes que protegen a los habitantes de la república. Y yo debo decir que si fueran considerados habitantes del territorio y como tales sometidos al rigor de las leyes, habría sido necesario pasarlos por las armas (fuera del amparo que la civilización y la humanidad otorgan a los buenos habitantes de un país)» Representante del Congreso Nacional Estanislao Zavallos, durante el debate parlamentario de “La Conquista del Desierto”. (Bayer, 2006)

La caracterización de extranjería de la identidad indígena pone en el enfoque de intervención de este período la respuesta sobre a quién efectivamente se aplicará la política pública de pacificación y progreso social. La respuesta integral sobre quien es

indígena, y sobre el rol en la conformación del Estado nacional argentino, se sintetizan en palabras del expresidente argentino Sarmiento (1868–1874), padre de la patria y prócer de la educación argentina e interamericana:

«¿Lograremos exterminar los indios? Por los salvajes de América siento una invencible repugnancia sin poderlo remediar. Esa calaña no son más que unos indios asquerosos a quienes mandaría colgar ahora si reapareciesen. Lautaro y Caupolicán son unos indios piojosos, porque así son todos. Incapaces de progreso. Su exterminio es providencial y útil, sublime y grande. Se los debe exterminar sin ni siquiera perdonar al pequeño, que tiene ya el odio instintivo al hombre civilizado». "El Progreso", 27/09/1844. (Vega, 2012)

Contemporáneamente el Derecho Internacional, ha desarrollado una nueva concepción del sujeto destinatario compatible con la autodeterminación indígena. La subjetividad de los destinatarios indígenas de las normas del DIDH ha sido una preocupación central de éste, ponderando la caracterización de los mismos (Anaya, 2005; Bravo, 2012: 299; Stavenhagen, 2008; Gomiz y Salgado, 2010).

El paradigma de la autodeterminación prioriza el reconocimiento a la dinámica intercultural indígena, ícono de éste proceso es la UNDRIP que “viene a sintonizar y acomodarse con la pluralidad social más, mucho más, que con el Derecho Constitucional” (Clavero, 2010: 366)

Se identifica así mismo con una importante efervescencia activa y presente en el foro internacional de organizaciones indígenas, y por la mirada de las organizaciones internacionales sobre los Pueblos Indígenas y la dinámica de accesibilidad a sus derechos. (Asbjørn, 2010). En ese sentido, el informe “Cobo” de 1986 ha sido la matriz por la que se ha permeado la discusión al Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), y ha tenido el mérito de poner el foco de la agenda pública internacional en las condiciones de accesibilidad a los derechos de las comunidades indígenas (Martinez Cobo, 1986).

Por su parte, el profesor Anaya engloba en los modelos de los derechos humanos y del movimiento contemporáneo de los derechos humanos, las líneas de activismo internacional, protagonismo indígena, y respeto a la autodeterminación como un proceso evolutivo que implicó un acercamiento sustantivo a la conceptualización de los Pueblos Indígenas como sujeto de derechos (Anaya, 2005: 84 y ss.).

En conclusión, cada etapa histórica ha estado marcada por un determinado paradigma de la respuesta institucional que el derecho daba a la situación de los Pueblos Indígenas porque, como ya se ha referido previamente, el derecho tiene una identidad que refleja la definición política de quien lo diseña (Anaya, 2005: 89).

Al mismo tiempo que en el Estado Argentino se eliminan las fórmulas del paradigma de la misión/civilización indígena, se sientan las bases de la incorporación de los estándares internacionales del DIDH por el reconocimiento de instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional –art. 75 inc. 22 CN–. Se inaugura un proceso normativo marcado por la creación de un bloque constitucional de tratados internacionales de derechos humanos y la inclusión de estándares de derechos humanos compatibles con la autodeterminación indígena y la interculturalidad.

2.2.4. La relación de los Pueblos Indígenas y los territorios ancestrales

El informe Cobo (Martinez Cobo, 1986) con un excelente tino había sentado la urgente necesidad de comprender la relación especial y espiritual de los pueblos con sus territorios, promoviendo en su Volumen V, una fórmula que orientará los estudios posteriores,

[...] Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los Pueblos Indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones profundas. (Martinez Cobo, 1986: 16 - 17)

De acuerdo con Stavenhagen (2008) la cosmovisión indígena propone una interpelación especial y relacionada sobre los territorios ocupados, de forma tal que la vinculación entre los Pueblos Indígenas y las tierras que tradicionalmente ocupan trasciende la formulación romana del *ius in re* –derecho sobre la cosa– propia de los sistemas jurídicos romano–continentales que fueron receptados en toda América Latina y que generalmente ha impactado en los ordenamientos civiles por la regulación de los derechos reales de dominio o similares.

En palabras del ex Relator de Naciones Unidas para los derechos de los Pueblos Indígenas, la situación de acceso a las tierras y territorios ancestrales constituye,

« [...] un problema de primer orden para las comunidades indígenas [...] Desde tiempo inmemorial los indígenas han mantenido una relación especial

con la tierra, que es su medio de vida, de sustento y la base de su existencia misma como comunidades territoriales identificables. El derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra es inherente a la idea que tienen los Pueblos Indígenas de sí mismos, y en general es la a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo indígena a quien se confiere ese derecho.» (Stavenhagen, 2008: 24)

Ésta “relación especial” a la que se refiere Stavenhagen y que ha tenido eco en los organismos internacionales, especialmente en la Corte Interamericana (Corte IDH, 2010) es eje especial de comprensión en la dinámica de abordaje como norma imperativa del derecho a la propiedad indígena.

En sentido han sido los mismos grupos indígenas quienes han interpelado la necesidad de comprensión del mismo al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, refiriendo la necesidad imperiosa de que la sociedad no indígena dimensione la relación especial: espiritual, social, cultural económica y política de las tierras ancestrales. (Daes, 2001: 8)

Se cuestiona la forma occidental de visión de derechos sobre una “cosa”: “la tierra no es una mercadería que uno pueda apropiarse” (Martinez Cobo, 1986: 17). Un paradigma respetuoso de la visión indígena de los territorios posiciona a los derechos respecto de ellos de manera holística y omnicomprendiva de la cultura ancestral. La UNDRIP como exponente, por ejemplo refiere,

«Art. 25. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.» (ONU, 2007)

El C169OIT, y la UNDRIP, han referido a la relación especial de los Pueblos Indígenas como derechos, de esta manera los instrumentos internacionales más importantes en la materia custodian normativamente al vínculo indígena con las tierras ancestrales reconociendo derechos sobre ellas.

2.3. La autodeterminación indígena como paradigma de interpretación

«Convencida de que si los Pueblos Indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades». C.Preamb. Declaración de

Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. UNDRIP.
(ONU, 2007)

Concordantemente con el desarrollo de la doctrina, se afirma que “ninguna consideración acerca de los derechos de los Pueblos Indígenas en el derecho internacional sería completa sin una consideración del principio de autodeterminación” (Anaya, 2005: 136).

Éste principio ha sido conceptualizado de la siguiente manera,

«La autodeterminación se refiere a un conjunto de normas de Derechos Humanos que se predicen genéricamente de los pueblos incluidos los Pueblos Indígenas y que se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo derecho a controlar su propio destino.» (Anaya, 2005: 137)

El principio de autodeterminación emerge como paradigma regulador del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (DIDHPI), en tanto debe comprenderse desde la legitimación política que otorga en un sentido sustancial (Anaya, 2005: 151). Dicha legitimación descansa en la condición de ser humano de los miembros de la comunidad indígena (Anaya, 2010: 196).

De esta manera, se promueve una comprensión sustantiva, y reparatoria, del principio de autodeterminación, el que implica un estándar “que regula los procedimientos episódicos de creación o reforma de las instituciones políticas en un ámbito de una comunidad determinada” (Anaya, 2005: 152)

Así considerada, la autodeterminación sustantiva debe definirse en su dimensión reparatoria como la necesidad de ponerle fin a la negación del reconocimiento del derecho a la autodeterminación por los Estados Nacionales (Anaya, 2010: 202)

2.4. De la Propiedad Comunitaria Indígena

« [Art. 75. Corresponde al Congreso] inc. 17) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad [...] reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y 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.» (Constitución Nacional, 1994)

Previa a la entrada en vigencia en 2001 del Convenio 169 OIT en Argentina, la reforma constitucional de 1994 incluyó en el texto magno la Propiedad Comunitaria Indígena –y

la posesión comunitaria indígena– de “las tierras que tradicionalmente ocupan”, según el texto legal. El Convenio 169 de la OIT regula a la PCI dentro de la II Parte en los arts. 13 a 19. De este instrumento debe destacarse la diferenciación normativa que hace entre el concepto de tierras y el de territorios, refiriendo que éste último comprende el hábitat comunitario, denotando un concepto más extenso que el de tierras y “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (art. 13, C169OIT).

Teniendo presente las diversas denominaciones del estándar en análisis como propiedad comunal, territorios indígenas, tierras ancestrales, propiedad aborígen, y otras, se tomará en cuenta la definición común en la doctrina nacional y la denominación constitucional de propiedad comunitaria indígena (Alterini, et al., 2005).

Se considera a la Propiedad Comunitaria Indígena como un derecho humano de los Pueblos Indígenas (Corte IDH, 2001) con un estatus jurídico específico que busca priorizar y asegurar el entramado cultural y la forma especial de relación con las tierras y territorios (Corte IDH, 2010) que tradicionalmente ocupan estos pueblos desde la plena vigencia del principio de la autodeterminación (Anaya, 2005).

Ese estatus jurídico específico permite vincular el contenido del derecho en análisis con el instituto del ius cogens internacional (Ollarves Irazabal, 2007). Dado que como se analizará en el capítulo IV, se ha constituido sobre las bases de la identidad indígena, la territorialidad y la vida digna de los Pueblos Indígenas. Consecuentemente, la Corte IDH utilizando recursos propios del DIDH ha interpretado evolutivamente las normas de la CADH incluyendo a la Propiedad Indígena entre sus normas (CIDH, 2009; Corte IDH, 2001).

2.5. Reseña Histórica del DIDH de los Pueblos Indígenas

La preocupación por la situación de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas nace en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos paralelamente al movimiento descolonizador que tomó especial relevancia en la década del 60, aunque éste último no incluyó dentro de su agenda jurídico–política a los Pueblos Indígenas (Anaya, 2005). A

pesar de ello, los Pueblos Indígenas fueron adscribiéndose al programa de Derechos Humanos del Derecho internacional del Siglo XX:

«Con el tiempo, y de forma paralela al movimiento de descolonización, se impuso un cierto grado de sensibilidad internacional dentro del marco de Derechos Humanos hacia los miembros de grupos identificados como indígenas y habitantes de estados independientes. La principal encarnación de este desarrollo [...] es el Convenio 107 de la OIT de 1957.» (Anaya, 2005: 88)

A continuación se expondrán los procesos de consolidación de las normas del DIDH de los Pueblos Indígenas, especialmente de los Convenios de la OIT y de la UNDRIP, posteriormente la reforma constitucional argentina de 1994 y la consolidación del bloque constitucional como ente de permeabilidad de los estándares indígenas.

2.5.1. Los Convenios de la OIT

El 2 de Junio de 1959 entra en vigor el primer tratado internacional de materia propiamente indígena adoptado en la XL Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo el 26 de Junio de 1957 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, conocido por su rúbrica como el Convenio N° 107 OIT.

Éste instrumento internacional asume en su articulado una visión integral de la situación de los Pueblos Indígenas y supera en ése sentido en el abordaje de las diferentes áreas de cristalización de normas internacionales, a sus predecesores referidos únicamente a trabajo indígena (OIT, 2013; Gomiz y Salgado, 2010). Sin embargo, mantiene un paradigma de asimilación orientado al desarrollo de políticas sociales a los Estados y no a la creación de derechos (Gomiz y Salgado, 2010: 44), habiendo sido revisado hace más de 20 años permanece vigente para un pequeño grupo de países (OIT, 2013).

« [De la necesidad de la revisión del Convenio 107] El lenguaje de integración era “anticuado y perjudicial” y llevó a conclusiones muy críticas sobre el Convenio 107. Esta orientación asimilacionista del convenio anterior se traslucía de dos maneras: 1) los gobiernos debían favorecer la integración, 2) se sostenía la “inferioridad cultural” indígena. En el Convenio 107 las culturas indígenas eran elementos de “atrasados”». (Gomiz y Salgado, 2010: 46)

Conforme la evolución propia del DIDH y de la intervención de las organizaciones indígenas en el foro internacional, en 1989 se aprueba la revisión del instrumento, implicando un “cambio significativo en la política de la comunidad mundial respecto a la filosofía de la integración” (Anaya, 2005: 96)

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales actualmente representa el tratado internacional más importante e influyente en materia de derechos humanos de los Pueblos Indígenas, sin embargo sólo ha alcanzado 22 ratificaciones (Stavenhagen, 2010; OIT, 2013).

Fruto de una profunda revisión del convenio 107, el convenio 169 de la OIT implicó un giro fundamental en la comprensión de los derechos de los Pueblos Indígenas, puesto que ha puesto el eje normativo en la interculturalidad y la autodeterminación de los Pueblos Indígenas promoviendo el respecto a sus proyectos de vida culturalmente referidos.

Aunque tiene actualmente una escasa ratificación, no hay lugar a duda de la cristalización de estándares internacionales en la materia que produce el convenio 169 OIT, especialmente en materia de propiedad indígena, y que ha proyectado su incidencia en el terreno del derecho consuetudinario internacional (CIDH, 2009).

2.5.2. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Las normas del DIDH de los Pueblos Indígenas, han tenido un momento culmine en la Asamblea General de Naciones Unidas con la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, UNDRIP (ONU, 2007; Benedetti, 2012; Stavenhagen, 2010; Åhrén, 2010; Clavero, 2010) que especialmente clarifica el contenido de los derechos de los Pueblos Indígenas desde un paradigma multicultural y con enfoque de Derechos Humanos (Stavenhagen, 2010; Clavero, 2010). La Declaración es el “principal instrumento internacional que articula y afirma los derechos colectivos de entidades que no constituyen estados” (Anaya, 2007).

Un recorrido de más de 20 años separa la aprobación prácticamente unánime de la UNDRIP en la sesión de la Asamblea General del 13 de septiembre de 2007 desde sus primeras negociaciones. En aquella sesión, 147 Estados Miembros de la ONU votaron a

favor, 4 en contra, 11 se abstuvieron y 34 estuvieron ausentes. En éste sentido, ha sido un mérito muy importante de la UNDRIP el consenso internacional logrado, comparándola con los 20 Miembros que tiene el C169OIT.

Las negociaciones para alcanzar el consenso de la misma comenzaron con posterioridad al informe Cobo (Martinez Cobo, 1986), que puso en la agenda de la ONU la necesidad de contar con un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI), así desde 1985 hasta 1993 el grupo de trabajo redactó un borrador de Declaración que sometería a discusión y aprobación en la Subcomisión sobre la prevención de la discriminación y la protección de las minorías, en el Consejo Económico y Social de la ONU (EcoSoC).

En 1993, la Subcomisión aprueba el borrador preparado por el grupo de trabajo, y en 1995 fue representada a la Comisión de Derechos Humanos, que estableció un grupo de trabajo para la redacción de la declaración.

Con el surgimiento del nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la consecuente supresión de la Comisión, se aprueba en su primera sesión el proyecto que había sido diseñado por la Subcomisión y corregido por la Comisión. El reciente órgano de la ONU presenta el proyecto en el seno de la Asamblea General, para ser aprobada finalmente en septiembre de 2007.

El principal inconveniente que había obstruido los consensos internacionales revisaba la posibilidad de interpretar el derecho a la secesión por parte de los Pueblos Indígenas si se interpretaba en ese sentido a la libre determinación de los Pueblos Indígenas (Asbjørn, 2010: 44).

Sorteado éste obstáculo la UNDRIP es finalmente aprobada por un amplio consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de Septiembre de 2007.

2.5.3. El Proyecto de Declaración de la OEA

En 1989, la Asamblea General de la OEA encomendó la redacción de un instrumento jurídico interamericano sobre los derechos de las poblaciones indígenas en el continente, con miras a ser aprobado en el contexto de los 500 años del inicio de los procesos coloniales en América.

Específicamente, la cláusula operativa de la AG/RES. 1022 (XIX–O/89) refería,

13. Solicitar a la Comisión interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las poblaciones indígenas con miras a que pueda ser adoptado en 1992 (OEA, 1989)

De esta forma, y desde entonces, se llevan adelante foros de consensos para determinar los textos que conformarán la declaración actualmente en proyecto. El borrador de declaración interamericana fue presentado por la CIDH en 1997, en su contenido pueden observarse que el derecho al reconocimiento jurídico del derecho a la PCI inaugura la sección Quinta sobre derechos económicos, sociales y de la propiedad. En ese sentido replica los estándares internacionales e incorpora especialmente las garantías de la PCI como títulos permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables (CIDH, 1997).

Actualmente se llevan adelante reuniones del Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA, para la búsqueda de consenso con miras a la aprobación de la Declaración.

2.5.4. La Reforma a la Constitución Nacional Argentina de 1994 y su proyección en las Reformas Constitucionales Provinciales posteriores

Paralelamente al proceso codificador del SUDH y del SIDH, el Estado argentino como se ha referido previamente, realizó la incorporación de los derechos indígenas en la constitución nacional de 1994.

La reforma constitucional de 1994 tuvo un profundo impacto en el sistema federal exportando normas del DIDH a las provincias, las que en sus convenciones constituyentes provinciales fueron replicando el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas con fórmulas semejantes a la nacional –art. 75 inc. 17CN–.

En ese sentido la convención constituyente de 1994 de la provincia de Chaco, una de las que posee mayor densidad poblacional indígena del país, estableció:

«Art.37. Pueblos Indígenas –La Provincia reconoce la preexistencia de los Pueblos Indígenas, su identidad étnica y cultural; la personaría jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles indivisibles e intransferibles a terceros. El

Estado les asegurará: a) La educación bilingüe e intercultural, b) La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable c) Su elevación socio-económica con planes adecuados d) La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas» (Constitución de Chaco, 1994)

En el mismo sentido, distintas constituciones provinciales continuaron con dicho proceso de incorporación de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas a sus textos constitucionales, v.gr. Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 36; Constitución de la Provincia de Chubut, art. 34; Constitución de la Provincia de Formosa, art. 79; Constitución de la Provincia de Salta, art. 15, etc. (Alterini, et al., 2005)

De esta forma, con excepción de algunas provincias que aún no han legislado en materia indígena, en su mayoría han incluido la fórmula federal del art. 75 inc. 17 CN.

Es relativamente reciente la interpretación jurisprudencial y doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de estas normas constitucionales; sin embargo, es importante destacar que respecto de la norma del art. 75 inc. 17 de la CN, la doctrina y la jurisprudencia son uniformes al afirmar que se trata de una norma operativa y no “simplemente programática” (Alterini, et al., 2005: 148 y ss; Chiacchiera Castro, 2009), esto en la inteligencia de que las normas indígenas han de ser interpretadas bajo el principio del *favor indígena* consecuencia ineludible del principio pro homine del DIDH en general (Gomiz y Salgado, 2010: 37).

2.5.5. El Bloque constitucional argentino

En la última reforma constitucional argentina en 1994, se incluyeron una serie de tratados internacionales a los que el texto magno reconocía “en las condiciones de su vigencia, jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 22 CN). Se incorporaba de esta forma al pensamiento constitucional nacional la idea de bloque constitucional.

El bloque de constitucionalidad es una construcción de la dogmática jurídica, que posee cierta dispersión doctrinaria en el pensamiento constitucional latinoamericano (Uprinmy, 2005; Bidart Campos, 1998), el profesor Bidart Campos, lo conceptualizaba de la siguiente forma:

[...]Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera. (Bidart Campos, 1998: 17)

Por la referencia a un catálogo de instrumentos internacionales, la Constitución Nacional les reconoció jerarquía constitucional, y en consecuencia estableció el siguiente bloque normativo:

«[...]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 y 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 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; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.» Art. 75 inc. 22. (Constitución Nacional, 1994)

En la reforma de 1994, como se observa no se incorporaron las normas del DIDH de los Pueblos Indígenas específicamente sino que se incorporaron los principales consensos internacionales en materia de derechos humanos y se abrió la posibilidad hasta el momento inaudita de reconocer nuevos instrumentos internacionales a dicho bloque por un procedimiento legislativo de mayorías calificadas, algo impensado en la constitución rígida de 1853/60.

La inclusión del corpus iuris del DIDH en el fuero constitucional nacional, permeabilizó sus normas en el Estado post reforma de 1994, ampliando el reconocimiento de derechos. Así mismo, y dado que las condiciones de vigencia –art. 75 inc.22– incorporan los órganos de vigilancia de los tratados internacionales del DIDH, también se han ido recepcionando las Observaciones Generales, y la vasta jurisprudencia de los Comités del Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos.

Por su parte, el Convenio 169 OIT que no tiene jerarquía constitucional, es decir que no encuentra comprendido en los instrumentos de derechos humanos a los que se le reconoce ese atributo ni ha sido reconocido con dicho carácter por el procedimiento constitucional especial (art. 75 inc. 22 CN), posee sin embargo, un peso normativo superior a las leyes federales, la primera parte del art. 75 inc. 22 refiere que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, lo que otorga al mismo un lugar privilegiado en la estructura constitucional argentina, proyectando sus efectos en todos los actos del Estado –inclusive las entidades federadas– por sobre las leyes.

2.6. Las Normas Imperativas y el DIDH de los Pueblos Indígenas

El Derecho Internacional Público (DIP) clásicamente ha concebido a las normas de *ius cogens* internacional o normas imperativas como aquellas que relacionan la idea de existencia de ciertos principios jerárquicamente superiores a otros, por su contenido aceptados por la comunidad internacional de Estados y cuya inobservancia en principio trae el efecto normativo principal de la nulidad de una norma o un acto contrario a ellos (Ollarves Irazabal, 2007; Abello-Galvis, 2011; Diez de Velasco, 2003; Pastor Ruidrejo, 2008; Orakhelashvili, 2006).

Es importante tener presente que las normas imperativas o de *ius cogens* se manifiestan invalidando cualquier acto que las contraríe, en virtud del Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1969) dado que afectan intereses supremos del orden público internacional (Diez de Velasco, 2003; Pastor Ruidrejo, 2008; Ollarves Irazabal, 2007; Damato, 1991; Gómez Robledo, 2003).

Al respecto refiere la citada norma:

«Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.» (ONU, 1969)

Son coincidentes las posiciones que admiten el *ius cogens*, en reconocerle tres características principales desde el Derecho Internacional Público: son obligaciones erga omnes que se contraen ante toda la comunidad internacional, es decir que son oponibles a cualquier sujeto del Derecho Internacional, contienen valores esenciales para la comunidad internacional y son inderogables (Romero Cebada, 2002: 3-4)

En el DIDH las normas imperativas se vinculan con el principio de dignidad, y se expresan en normas con consensos importantes en la comunidad internacional, por ejemplo en la prohibición de discriminación o prohibición de tortura (Cançado Trindade, 2008).

La vinculación de *ius cogens* con el DIDH de los Pueblos Indígenas cobra especial relevancia en la actualidad, dado que es una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, la UNDRIP, la que ha otorgado el mayor consenso internacional existente sobre los derechos humanos de los Pueblos Indígenas –ni siquiera el c169OIT ha logrado condensar la voluminosa adhesión de la UNDRIP– De esta forma, coincidiendo con el juez Cançado Trindade, se amplía el contenido material del *ius cogens* dentro del DIDH (Cançado Trindade, 2008).

El profesor Gomez Robledo (2003) otorga a las resoluciones de la Asamblea General valor jurídico porque implican expresión de la costumbre internacional o de los principios generales del derecho (Gómez Robledo, 2003: 164). Ahora bien, ese valor jurídico constituye fuente de vinculación internacional en los términos del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Así mismo como enseña el Prof. Pastor Ruidrejo la determinación del contenido del *ius cogens*, subyace a las formas mismas por las que el derecho internacional se genera:

«La caracterización de una norma como *ius cogens* puede resultar de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de la doctrina, así como de resoluciones y declaraciones de las organizaciones internacionales competentes y especialmente de los convenios internacionales» (Pastor Ruidrejo, 1972: 2)

Teniendo presente la determinación del *ius cogens* internacional, resta considerar que el mismo tiene implicancias complejas y generales sobre el Derecho Internacional, como el surgimiento de la responsabilidad internacional por su violación, pero a la vez genera

severas consecuencias en el derecho interno que condicionan el diseño de políticas públicas.

Al respecto el Juez Cançado Trindade, ha referido,

«[...] el jus cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del derecho internacional contemporáneo y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el derecho internacional, se proyecta también sobre el derecho invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. [...]» (Cançado Trindade, 2008: 3)

Tal estructura de argumentación funciona como elemento axiológico normativo a los fines de describir el funcionamiento de la regla de ponderación en cuestiones que afectan al DIDH, donde las normas de ius cogens han sido priorizadas por sobre otros derechos de diferente orden.

Las normas de ius cogens trascienden el derecho de los tratados, y afectan al desarrollo de todo el Derecho Internacional, teniendo un efecto invalidante ya sea de norma interna como de norma internacional, sea cual fuese la fuente de la norma.

Ahora bien, el contenido de la norma imperativa proyectará su incidencia en normas que materializan los consensos de la comunidad internacional sobre áreas que se vinculan especialmente con la dignidad de las personas. Es ahí donde la relevancia de la imperatividad del ius cogens toma especial relevancia en el presente estado del arte.

Como se observará en el capítulo siguiente, han sido los organismos del DIDH, especialmente los órganos del Sistema Interamericano de DDHH, quienes sentarán las bases suficientes de vinculación de algunos derechos humanos con el ius cogens, pero especialmente dentro del universo indígena, con la Propiedad Comunitaria Indígena.

La ampliación del contenido material del ius cogens debe estar al servicio de “la protección de la persona humana, inclusive en situaciones de la más completa adversidad o vulnerabilidad” (Cançado Trindade, 2008)

En conclusión, la inclusión de la Propiedad Comunitaria Indígena dentro del concierto de normas de ius cogens se colige de la identidad como norma de dignidad para los Pueblos Indígenas y del consenso internacional al reconocer la especial relación que éstos tienen con las tierras y territorios tradicionalmente ocupados.

2.7. La fuerza vinculante de la UNDRIP

La fuerza vinculante de la UNDRIP es un tema de discusión actual entre los teóricos del DIDH (Stavenhagen, 2010: 376 y ss; Anaya, 2007) por un lado los autores que entienden que por su procedimiento de creación es una norma de *soft law* internacional, asociándolo a la tesis de las recomendaciones de la Asamblea General de Naciones Unidas como normas de soft law en general (Diez de Velasco, 2003: 146 y ss) y en el otro extremo de la discusión los autores que identifican a la UNDRIP con fuerza vinculante autónoma.

Benedetti (2012) refiere identificar al menos 4 posiciones sobre el valor normativo de la UNDRIP, por lo que se seguirá la exposición del autor sintetizando cada posición: a. Tesis del Instrumento “Sui Generis” b. Tesis de la Exigibilidad por el Contenido c. Tesis del Instrumento de Derecho Consuetudinario d. Tesis Ecléctica.

Según una primer corriente se sostiene que es un instrumento internacional sin precedentes –sui generis– dado el proceso de elaboración y la formulación de las obligaciones para el Estado del texto, de allí su fuerza normativa, exponente de ésta posición es el Prof. Bartolomé Clavero (Benedetti, 2012: 248).

Por otro lado, se sostiene que el contenido de los derechos que recepta la UNDRIP otorgan a la misma fuerza vinculante dado que “clarifica, confirma y mejora los existentes” con lo que su exigibilidad radica en el contenido de las normas que contienen instrumentos internacionales vinculantes como el Convenio 169 OIT o el 107 OIT respecto de los Estados en los que aún es vigente (Benedetti, 2012: 249).

La tesis del derecho consuetudinario actual o eventual ha sido sostenida por la Relatoría de Naciones Unidas –por los relatores Stavenhagen y Anaya– (Anaya, 2007; Stavenhagen, 2010) manifestándose por su inclusión dentro de una de las clásicas fuentes del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: la costumbre internacional. (Benedetti, 2012: 250).

Finalmente, Benedetti (2012) asume una posición ecléctica refiriendo que ninguna de las posiciones son excluyentes y que se complementan entre sí.

3. LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

En el capítulo anterior, se revisaron los diferentes aportes existentes en la doctrina nacional e internacional respecto del derecho a la PCI, así como la forma en que el DIDH le ha dado un espacio a la agenda de los derechos de los Pueblos Indígenas. En éste sentido se reparó en cómo la UNDRIP y en el C169OIT ha trazado estructuras normativas que se proyectan sobre el funcionamiento del derecho a la PCI, vinculándolo con la idea de imperatividad o *ius cogens* y la identidad misma de los Pueblos Indígenas.

El Estado de la cuestión previamente referido, ha sido una parcelación orientada a la definición y explicitación del derecho humano a la PCI que se analizará a continuación, conforme la metodología de formulación de estándares internacionales (desempaque) del DIDH que se ha propuesto para la tesis.

En el presente se dará cuenta de la forma del contenido de la PCI y la realización de su funcionamiento como estándar internacional para ello en este capítulo se desempacará el derecho a la PCI.

La metodología de formulación de estándares internacionales del DIDH, también llamado “desempaque” de derechos, ha sido definido como “un marco analítico para dimensionar los derechos y sus obligaciones” (Serrano y Vazquez, 2014) a través de la desagregación de varios conjuntos de obligaciones según el fin perseguido por el estudio de investigación. En este caso se presentará a los fines de esquematizar la propuesta de ésta forma; en primer lugar se expondrá el derecho a la PCI, luego el subderecho al Reconocimiento Jurídico de la PCI y se referirá a las obligaciones generales de respetar, proteger, garantizar y promover, para concluir con los elementos institucionales y los principios de aplicación.

Seguidamente, se expondrán los diferentes aportes que ha realizado el DIDH respecto de la PCI a través del Sistema Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos, y como el Derecho Argentino ha permeado disposiciones protectorias de la propiedad indígena en su sistema de derecho como una forma de presentar el derecho a la PCI, que será la base del desempaque.

Así mismo, se desagregará de la PCI el derecho al reconocimiento jurídico de la misma como componente o subderecho (Serrano y Vazquez, 2014) del que se revisaran

las obligaciones generales de los derechos humanos. Conforme lo refería previamente, el subderecho analizado aquí es el que mejor se ajusta a los fines de la exposición de la característica de la PCI como norma imperativa, ello no implica desconocer la existencia de otros subderechos como por ejemplo el derecho a acceso, uso y desarrollo de sus recursos naturales, o el derecho a reconocimiento de formas nómades y/o seminómades de ocupación territorial, por nombrar sólo algunos.

Finalmente, respecto de la Obligación General de Garantizar el reconocimiento jurídico de la PCI, se analizarán los elementos institucionales y los principios de aplicación través las bases de análisis conceptual de ellos.

En este capítulo se pretende exponer el desarrollo que el derecho de la PCI ha tenido en el DIDH y la importancia de la custodia de la especial relación que los Pueblos Indígenas mantienen con sus territorios tradicionalmente ocupados.

3.1. El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Conforme se ha referido, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el DIDH se ha desarrollado bajo una preponderante matriz normativista, a través del desarrollo de múltiples normas de derechos humanos (Cançado Trindade, 2009). Con el fortalecimiento de la ONU como organización internacional se ha estructurado un conjunto de normas y de órganos de protección: El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (SUDH).

El SUDH es uno de los núcleos creadores de normas de DIDH más importantes que existen, tanto en su volumen como en sus especificidades. Estas normas y las que se encuentran dentro de los sistemas regionales de protección –v.gr. sistema interamericano de derechos humanos, sistema africano de derechos humanos, o el sistema europeo de derechos humanos– conforman lo que la Corte IDH ha llamado *corpus iuris internacional*,

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”
(Corte IDH, 1999: 115)

La estructura orgánica del SUDH recorre especialidades de abordaje del DIDH en los comités de los tratados internacionales de derechos humanos en general, como así también en aquellos organismos creados para cuestiones vinculadas con los derechos de los Pueblos Indígenas.

Se puede afirmar que en la actualidad el SUDH se encuentra compuesto por mecanismos generales y específicos teniendo en cuenta el tipo de mandato o competencia orgánica de cada foro (Burger y Castro, 2006: 111).

Son mecanismos generales los que revisan la protección en general de los derechos humanos y que en alguna de sus decisiones e informes han abordado cuestiones relativas a los Pueblos Indígenas (Burger y Castro, 2006: 111-112). Por un lado, el Consejo de Derechos Humanos actúa como órgano principal del sistema de Naciones Unidas, y por otro, los órganos convencionales de los tratados de derechos humanos que Argentina ha ratificado: a. el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, b. el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, c. el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, d. el Comité de Derechos del Niño, de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) como máximo tribunal de Argentina, tiene por jurisprudencia que es norma e interpretación vinculante dependiendo el caso, las decisiones de los órganos de los tratados de derechos humanos, dado que son parte integrante de los instrumentos internacional en las condiciones de vigencia, confirmando en los casos “Arce” (1997) y “Carranza Latrabusse” (2013).

El Comité DDHH es el órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley Federal 23.313 de 1986. Éste organismo tiene como funciones examinar informes de Estado, conocer en comunicaciones individuales e interestatales y puede realizar interpretaciones del Pacto como observaciones generales. Se conforma por expertos independientes de los Estados Miembros de la ONU.

Paralelamente al Comité de DDHH, el comité DESC es el órgano previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la Argentina (según Ley 23313). Por su parte, el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD), ha tenido oportunidad de referirse a la cuestión territorial indígena en varias oportunidades (Mackay, 2007: 28). Sin duda la referencia en la Recomendación General N°23 del Comité CERD a los derechos territoriales refiere una síntesis importante del estándar internacional analizado:

«El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los Pueblos Indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.» (CERD, 2000)

Es importante tener presente, que los pactos internacionales de Derechos Humanos y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, son tratados internacionales con jerarquía constitucional en Argentina, es decir que conforman el bloque constitucional (Art. 75 inc. 22).

Como se anticipaba previamente, los Pueblos Indígenas se vinculan al SUDH con instancias específicas que revelan las discusiones y consensos que han tenido en las escasas normas indígenas internacionales, desde las resoluciones propias del sistema universal como las de convenciones de organismos especializados como la OIT.

«El sistema de Naciones Unidas, sobre todo a partir de los años 90, se ha dotado de una serie de mecanismo especialmente enfocados al reconocimiento y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas. Esta protección no sólo se lleva a cabo en los mecanismos específicos creados para los Pueblos Indígenas, sino que la utilización de otros mecanismos generales se ha mostrado igualmente útil. Asimismo, la legislación existente que afecta a Pueblos Indígenas no se reduce a acuerdos específicos dirigidos a ellos, sino que tanto en la mayor parte de las convenciones de los últimos años se hace referencia expresa a los Pueblos Indígenas» (Burger y Castro, 2006: 130-131)

En tanto, los mecanismos especiales por su mandato vinculado con los Pueblos Indígenas, son: a. el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI), b. el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos

y las Libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, c. el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FPCI) y otros programas y fondos de contribuciones específicas para los Pueblos Indígenas (como el fondo de contribuciones voluntarias para las poblaciones indígenas y los fondos para los decenios indígenas).

Cabe destacar al Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas (GTPI) que fue establecido en 1982 con un doble mandato, por un lado se le había asignado la tarea de revisar la evolución de los estándares de derechos humanos de las poblaciones indígenas, por otro se tarea se encaminaba al examen de la situaciones de promoción y protección de las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas (EcoSoC, 1982). El GTPI ha tenido un rol protagónico en el proceso de creación de la UNDRIP (Daes, 2010) y ha sido hasta 2001 el único foro de concertación internacional de organizaciones indígenas, sociales, agencias de la ONU, y de los estados en la discusión de los derechos indígenas (Burger y Castro, 2006).

En el informe sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra (Daes, 2001) el GTPI ha referido especialmente al deber de protección de la especial relación que mantienen las comunidades con sus tierras y territorios, vinculándolo a la idea misma de identidad.

De esta forma y en concordancia con el Informe “Cobo” (Martinez Cobo, 1986), el GTPI ha aportado en la sistematicidad del derecho a la PCI, la centralidad de la especial relación que los Pueblos Indígenas mantienen con la tierra y los territorios que ocupan.

De conformidad con la UNDRIP, y en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se crea el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI), sustituyendo en competencias al GTPI. Actualmente, tiene como mandato servir de órgano consultor del Consejo de Derechos Humanos, a través del estudio y la investigación de los derechos de los Pueblos Indígenas. El MEDPI no ha expresado su opinión sobre la cuestión territorial indígena de forma autónoma, aunque si lo ha hecho en referencia a la autodeterminación indígena, a los emprendimientos extraccionistas y los recursos naturales de los Pueblos Indígenas. El MEDPI se ha referido a la vinculación con el Derecho a la Cultura en el estudio requerido por el Consejo de DDHH de la ONU en 2012, al respecto el mecanismo entendió que,

«El mantenimiento y desarrollo de las culturas de los Pueblos Indígenas exige que se protejan sus tierras, territorios y recursos. Los territorios tradicionales de los Pueblos Indígenas, donde se encuentran sus hogares y sus familias, son los espacios en los que practican sus culturas. Las conexiones de los Pueblos Indígenas con los territorios tradicionales, sus hogares y sus comunidades son importantes para mantener y desarrollar las culturas indígenas, incluso para aquellos que han migrado para trabajar y educarse en otro lugar.» (MEDHPI, 2012)

Adicionalmente como espacio de concertación internacional, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas funciona como asesor del Consejo Económico y Social – EcoSoC– asistiendo en materias específicas de desarrollo humano y a los diferentes programas y agencias especializadas del sistema de Naciones Unidas.

La Relatoría especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas tiene el mandato de intervención en las violaciones de derechos humanos de los Pueblos Indígenas, puede hacer visitas a países y promover buenas prácticas de los Estados en la materia, se revisará concretamente en el acápite específico de éste capítulo.

3.1.1. Aportes Convencionales específicos del SUDH. El Convenio 169 de la OIT y su regulación sobre la PCI

La Organización Internacional del Trabajo por el convenio 169 OIT, ha fijado sus normas de forma consecuente a la autodeterminación y la integralidad indígena con el objeto de comprender holísticamente la cosmovisión indígena, de tal forma que la cristalización de normas sobre tierras y territorios indígenas más importante que conoce la vía convencional, ha realizado eco de esta situación.

El convenio 169 OIT reconoce los derechos sobre las tierras y territorios indígenas, en la Parte II,

«PARTE II – TIERRAS

Art.13°. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los arts. 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Art. 14°. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Art.15°. [...] Art. 16°.

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con el consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estado jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que haya sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Art. 17°. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre esas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Art. 18°. La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Art. 19°. Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) El otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.» (OIT, 1989)

Ésta transcripción de normas del C169OIT en la presente investigación obedece al criterio de tener presente la base normativa convencional más importante de la actualidad en el estándar. Se realiza en el convencimiento que sobre estos cimientos jurídicos se erige el estándar internacional de protección por lo que a los fines de su desempaque resulta importante tener presente, y en el texto de la investigación, la norma directa que consolidó por vía convencional el estatuto normativo indiscutido de la PCI.

Este estatuto es plenamente vinculante para el Estado Argentino, en condición de Estado Miembro del convenio internacional, habiendo ratificado el tratado y habiendo realizado el depósito del instrumento en 2001, de conformidad con las condiciones de vigencia del C169OIT.

Desde entonces, constituye una base convencional vinculante del DIDH para el Estado Argentino, y cimienta la composición del estándar internacional de la PCI.

Por esta razón, la transcripción previa denota la cristalización de normas del DIDH que condicionan la aplicación del estándar en Argentina. Especialmente resulta relevante la consideración de tierras y territorios, como fuera referido, y la obligación de respetar la especial relación que los Pueblos Indígenas mantienen con los territorios tradicionalmente ocupados. Así mismo, el art. 14 establece la obligación del reconocimiento jurídico de la PCI, incluyendo el derecho al respeto por las formas tradicionales de acceso a la tierra, esto también lo considera el art. 17.

La regulación de excepción, que forma parte del estándar y es principio de funcionamiento del derecho, lo constituye la forma de abordaje del desplazamiento

forzoso del art. 16. Finalmente establece el deber de sanción a la intromisión o uso no autorizado de las tierras indígenas.

Complementa la formulación del estándar en el seno de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones –CEACR– de conformidad con los arts. 19, 22 y 35 de la Constitución de la organización internacional. Dicha comisión de expertos se ha expedido respecto de la PCI, y los asuntos territoriales de las comunidades indígenas de América Latina respecto del monitoreo de aplicación del C169OIT, realizando recomendaciones a los Estados Miembros,

«La ocupación tradicional confiere derecho a la tierra, independientemente de que tal derecho se hubiera reconocido o no [por parte del Estado]. CEACR, 73a. reunión, 2002, observación, Perú, párrafo 7.» (OIT, 2013)

De esta forma, la CEACR pondera como fuente del derecho a la PCI a la ocupación tradicional de los territorios indígenas, fortaleciendo la existencia del derecho indígena como fuente formal del derecho de propiedad, incluso en el caso que el Estado no lo haya reconocido formalmente.

3.1.2. Aportes de la UNDRIP

«Convencida de que si los Pueblos Indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.» C. Preamb. UNDRIP (ONU, 2007)

El DIDH deberá custodiar especialmente la especial relación de los pueblos con sus tierras y territorios, y así lo ha comprendido el GTPI en los albores del diseño del proyecto de la UNDRIP. Éste último instrumento fija normativamente las pretensiones de custodia fundamental del derecho de la siguiente forma:

«Art. 25. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Art. 26. 1. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como

aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas de que se trate.

Art. 27. Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los Pueblos Indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los Pueblos Indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los Pueblos Indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Art. 28. 1. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Art. 29. [Protección del Ambiente] (...) Art. 30 [Actividades militares en territorios indígenas]. Artículo 31 [Protección del Patrimonio Cultural]

Art. 32. 1. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los Pueblos Indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.» (ONU, 2007)

Es importante tener presente, como se exponía en el acápite referido al C169OIT que la transcripción de artículos se realiza en el entendimiento de que constituyen las bases normativas explícitas del DIDH para la formulación del estándar.

En las negociaciones que culminaron con la UNDRIP, los representantes de los Estados refirieron la necesidad de reconocer las propiedades indígenas que tradicionalmente ocupan los PI, aunque ajustándola a un criterio político y financiero. Es decir, proponían un “escalón” más de reconocimiento, describe Åhren (2010),

«[Sin embargo] Los Pueblos Indígenas se prepararon para conseguir una declaración que confirmase plenamente sus derechos a utilizar y poseer sus

territorios tradicionales, como un requisito previo para ejercer, mantener y desarrollar sus respectivas culturas y también como el resultado de aplicar el derecho a la propiedad de forma no discriminatoria.» (Åhrén, 2010: 210)

La base de análisis de las normas sobre tierras y territorios de la UNDRIP lo da el art. 25 por la referencia explícita a la relación de los PI con los territorios tradicionalmente ocupados, es en éste sentido un artículo preambular (Åhrén, 2010), que busca determinar el sentido y el alcance de los derechos del art. 26 al 28.

En este sentido, conforma el estándar aquí presentado, puesto que describe la forma de reconocimiento jurídico de la PCI, y coincidiendo con Åhren es posible suscribir que,

«[existe una] reciente evolución del derecho internacional sobre los derechos de propiedad de los Pueblos Indígenas sobre tierras, territorios y recursos, describiendo la clara tendencia en el derecho internacional a rechazar como discriminatoria cualquier interpretación del derecho nacional que reconozca que el uso de la tierra no indígena origina derechos de propiedad mientras que el uso de la tierra indígena no los origina.» (Åhrén, 2010: 222)

En suma, la descripción y cristalización de normas del DIDHPI que realiza la UNDRIP implica una proyección autónoma del principio de no discriminación. Aquí es clara la vinculación con el DIDH, en tanto que la prohibición de discriminación racial exige a los estados que ponderen el deber del reconocer la PCI a los Pueblos Indígenas, se extenderá especialmente la argumentación en el capítulo IV sobre éste eje, especialmente en la relación de implicancia que establece el art. 25 de la UNDRIP respecto de la Identidad, territorialidad y el plan de vida digna de los Pueblos Indígenas.

3.1.3. Aportes de la Relatoría de los Pueblos Indígenas de la ONU

La Relatoría de Naciones Unidas para las libertades y derechos de los Pueblos Indígenas compone una articulación muy importante del SUDH al tiempo de visualizar las violaciones a los derechos humanos de los Pueblos Indígenas. Su titular actual es la Relatora Victoria Tauli Corpuz. El Consejo de DDHH ha resuelto asignarle a la relatoría un mandato amplio, por él se le pide que,

«a) Examine las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de conformidad con su mandato, e individualizar, intercambiar y promover prácticas óptimas;

b) Reúna, solicite, reciba e intercambie información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus

comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas;

c) Formule recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.» (Consejo DDHH, 2007)

La relatoría debe articular con las otras instancias de promoción de derechos de los Pueblos Indígenas del SUDH y colaborar activamente con los Estados Miembros en la tarea de consolidar buenas prácticas respetuosas de los derechos humanos.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación ha sido una referencia obligada los esfuerzos de sistematización de los ex Relatores para las libertades y derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, como el prof. Stavenhagen, el primer relator del SUDH para los derechos de los Pueblos Indígenas, o el prof. Anaya, los principales aportes de cada uno han sido considerados al analizar el estado de la cuestión.

Especialmente relevante para la presente es el informe del Relator Anaya sobre la situación de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas en Argentina, en su entendimiento que es importante aún promover el reconocimiento de las tierras y territorios indígenas,

«La situación de la tenencia de tierras de los Pueblos Indígenas en el país deriva de la desposesión histórica de grandes extensiones de sus tierras por estancieros y por la presencia de empresas agropecuarias, petroleras y mineras que operan en tierras reclamadas por comunidades indígenas. La mayoría de las comunidades indígenas del país no cuentan con un reconocimiento legal de sus tierras acorde a sus formas de uso y ocupación tradicional.» (Anaya, 2013)

Esta contribución refuerza la posición metodológica de relevancia asumida en la presente tesis, caracterizando el acceso a la tierra y territorios indígenas como un problema de emergencia en la agenda pública nacional.

3.2. La PCI desde el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Por sistema interamericano de derechos humanos se refiere a la existencia de los órganos de la Organización de Estados Americanos con mandatos vinculados a la protección y

promoción de los derechos en los Estados Miembros de la organización regional. De esta manera, se compone por la Comisión de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La CIDH está compuesta por siete personas que deberán ser reconocidas en sus conocimientos sobre derechos humanos y de alta autoridad moral. Tiene como mandato “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” (Art. 106 Carta de la OEA) y para ello recibe comunicaciones de los Estados, peticiones individuales, realiza investigaciones temáticas, cuenta con relatorías específicas, y también tiene facultades de realizar visitas *in loco* con el objeto de profundizar sus investigaciones.

Por su parte la Corte Interamericana, es el órgano judicial del SIDH y fue creada por la CADH, tiene competencia para conocer y revisar la aplicación de la CADH, siempre que los Estados Miembros hayan reconocido su competencia. Argentina reconoció la competencia de la Corte IDH en 1984.

En materia indígena, los órganos del sistema han tenido una especial importancia, reduciendo la brecha de implementación de los tratados internacionales de derechos humanos de Pueblos Indígenas (CIDH, 2009). La situación de los Pueblos Indígenas y sus territorios fue analizada por los órganos a través de la interpretación evolutiva de los Derechos Humanos y la argumentación desde la compatibilidad de los fines y el objeto de la CADH con el abordaje de los derechos indígenas (Corte IDH, 2005). Esto ha permitido a los órganos del sistema dotar de un marco de protección específico a los Pueblos Indígenas.

Es importante tener presente que el proyecto de Declaración de la OEA, mantiene el criterio de la UNDRIP, como fuera referido en el capítulo II, el proyecto de declaración de derechos de los Pueblos Indígenas normatiza el derecho al reconocimiento jurídico de la PCI –art. 18– y pone en agenda la intervención de los PI, en clave de derecho a la consulta, en asuntos que vinculen a la PCI.

En 1990 se creó en el ámbito de la CIDH la relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, actualmente a cargo de la Comisionada Rose-Marie Belle Antoine, tiene como mandato específico:

- «a. Promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección a los Pueblos Indígenas, y en especial, promover el avance y consolidación de la jurisprudencia del sistema sobre derechos de los Pueblos Indígenas. En este ámbito, promover y facilitar el acceso de los Pueblos Indígenas al sistema interamericano.
- b. Participar en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se aleguen presuntas violaciones de los derechos de los Pueblos Indígenas y/o de sus miembros.
- c. Apoyar la realización de visitas in loco a los países miembros de la OEA para profundizar en la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular de Pueblos Indígenas, así como participar en la preparación del informe respectivo de la visita.
- d. Elaborar informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los Pueblos Indígenas en el hemisferio, que contengan recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas que contribuyan a promover y garantizar los derechos humanos de los Pueblos Indígenas.
- e. Realizar y participar en conferencias, seminarios y reuniones de distinto carácter con representantes de los gobiernos, la academia, la sociedad civil y los Pueblos Indígenas con el objeto de difundir y analizar los temas propios de su mandato.
- f. Prestar colaboración permanente a la presidencia y al Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.» (OEA, 1990)

La relatoría ha contribuido exponencialmente a la sistematización de la PCI en el contexto latinoamericano respecto de los derechos de los Pueblos Indígenas sobre las tierras y territorios con el informe de 2009 sobre “los Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema interamericano de Derechos Humanos”.

Han sido especialmente importantes los pronunciamientos en donde la CIDH primero, y luego la Corte IDH entendieron violentado el derecho a la propiedad de la CADH (Art. 21 CADH) respecto de los Pueblos Indígenas.

«A partir de la sentencia histórica del caso Awas Tingni en 2001, la Corte ha dictado seis nuevas sentencias entre los años 2005 y 2012, que no solo confirman la doctrina asentada en dicha sentencia, sino que la refuerzan positivamente, al avanzar en el difícil camino de la implementación de los derechos. De estas seis sentencias, tres sentencias son contra Paraguay (los casos Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek), otras dos son contra Surinam (los casos Moiwana y Saramaka) y otra sentencia contra Ecuador (Sarayaku), relacionadas estas últimas con comunidades y pueblos afro descendientes a los que la Corte considera pueblos tribales y les otorga los

mismos derechos territoriales que a los Pueblos Indígenas.» (Berraondo, 2013)

A continuación se expondrán los fallos representativos según el criterio de evolución de la protección de la PCI, con el ánimo metodológico de poder exponer la completitud y complejidad del estándar creado en torno a la propiedad comunitaria indígena en el SIDH.

3.2.1. Caso de la comunidad de Mayagna Sumo (Awas tingni) contra Nicaragua

Quizás el fallo más importante del sistema interamericano en materia de derechos de propiedad indígena lo ha constituido el Caso de la comunidad de Mayagna Sumo (Awas tingni) contra Nicaragua de 2001.

La comunidad indígena reclamaba desde 1995 al Estado de Nicaragua los derechos de propiedad de su territorio, dado el Estado había entregado a la empresa maderera SOCLARSA las tierras indígenas de la comunidad. En 1996 tomó intervención la CIDH, que en 1998 presenta el caso ante la Corte IDH, dado que el Estado no cumplía con las recomendaciones de la Comisión (Berraondo, 2013: 61)

La Corte consideró que el Estado de Nicaragua había violentado una serie de derechos reconocidos en la CADH, pero sin duda el aporte central estuvo dado por la integración del derecho a la PCI en la protección del Derecho a la Propiedad del art. 21 de la CADH.

En palabras de la Corte IDH,

«148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos –, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas

mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras» (Corte IDH, 2001)

El aporte realizado por la Corte IDH al interpretar evolutivamente el derecho a la propiedad de modo de contener a las propiedades comunales indígenas es un hito significativo en varios aspectos del SIDH. Aquí es traída a consideración bajo el criterio de exponer el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, desde el reconocimiento de la PCI como integrante de la CADH hasta la protección de la vida digna indígena asociada al acceso a la tierra.

3.2.2. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname

En 2005 la Corte IDH se pronunció responsabilizándolo internacionalmente al Estado de Suriname. Con motivo de una serie de autorizaciones para empresas destinadas a la extracción de recursos naturales madereros y minerales, la tierra de los Saramaka se vio alterada provocando un alto nivel de conflictividad a éste pueblo que es considerado como un pueblo tribal por la Corte IDH.

Después de recorrer instancias judiciales y administrativas, la Asociación de Autoridades Saramakas requirió la intervención de la CIDH, quien declaró admisible el caso y solicitó al Estado de Surinam la adecuación de sus acciones a la CADH.

En 2006, la CIDH entendió el caso como no resuelto por el Estado y lo elevó a la Corte. Los principales aportes que realiza la Corte son referidos a confirmar la jurisprudencia de Awas Tingni y a profundizar los criterios de la participación de las comunidades en la administración de sus recursos naturales.

3.2.3. Casos de las Comunidades del pueblo Exnet–Lengua vs. Paraguay

En Paraguay las comunidades indígenas del Norte Paraguayo, habitan los territorios desde la radicación de las pequeñas comunidades seminómades de la región conocida como el Chaco Americano que unifica naturalmente los Estados de Bolivia, Paraguay y Argentina.

Las comunidades indígenas que habitan la región pertenecen a dos comunidades étnicas: lengua enxet y la lengua enlhet. Tres comunidades indígenas de la lengua enxet han logrado un pronunciamiento de responsabilidad internacional respecto del Estado de Paraguay, a continuación se analizarán exclusivamente los aspectos vinculados con la violación a la PCI.

3.2.3.1. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay

La comunidad Yakye Axa del pueblo Enxet–Lengua se asentó en la ruta que une Pozo Colorado con Concepción en Paraguay luego de regresar a sus territorios ancestrales por un desplazamiento forzado (Berraondo, 2013: 67)

La finca ganadera Loma Verde no autorizó el ingreso de la comunidad a sus territorios, por lo que se vieron obligados a habitar al costado de la ruta. Como consecuencia de ello comienza diferentes instancias judiciales, hasta que en 2002 la CIDH declara admisible el caso. En 2003 la Comisión comprueba la falta de aplicación de las recomendaciones y eleva el caso a la Corte IDH.

La Corte dicta sentencia en junio de 2005, y expone la doctrina previa de Awas Tingni en general. Se destaca para los fines de la presente, especialmente el análisis del conflicto de derechos de propiedad privada con la PCI, en estos términos:

«146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.» (Corte IDH, 2005)

Aquí la Corte IDH propone una regla de ponderación que será sometida a crítica en el capítulo IV, dado que si bien establece que ante la existencia de conflictos de derechos debe analizarse caso por caso, inmediatamente después refiere que al desconocer los

derechos derivados de la PCI se pueden afectar los derechos de identidad cultural y supervivencia. La identidad cultural, uno de los derechos pilares del DIDH de los Pueblos Indígenas y el derecho a la vida como supervivencia, uno de los derechos fundamentales no pasibles de suspensión por estado de excepción.

3.2.3.2. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay

En 1991 la comunidad indígena Sawhoyamaya comenzó un proceso de reclamación de sus tierras al Estado de Paraguay, reclamaba cerca de 14.500 hectáreas. Estas tierras, o gran parte de ellas, se encontraban en manos privadas. Habiendo intentado varias instancias judiciales y políticas (Berraondo, 2013: 76) en 2001 interponen una petición ante la CIDH, que declara admisible el caso.

En 2005, la CIDH eleva el caso a la Corte IDH que un año después dictó sentencia de fondo, retomando la jurisprudencia de Yakye Axa y de Awás Tingni, profundizando la dimensión colectiva, cultural e identitaria de la tierra,

«120. Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

121. En consecuencia, la estrecha vinculación de los Pueblos Indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.» (Corte IDH, 2006)

Esta jurisprudencia es sumamente importante porque expresa que la especial relación de los Pueblos Indígenas con su tierra integra el derecho a la PCI bajo la protección del art. 21 de la CADH. Extiende la protección a la cultura, usos, costumbre y

creencias de cada pueblo al vincularse con las tierras y territorios, incluidos los recursos naturales que allí existan.

3.2.3.3. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay

La comunidad indígena Xákmok kásek sufrió la venta a privados por el Estado paraguayo de partes de su territorio ancestral. En dicho territorios se constituyó la estancia “Salazar” que puso en crisis el vínculo de la comunidad con sus territorios ancestrales.

Desde 1990 la comunidad indígena le reclama al Estado la devolución de su territorio ancestral, y la vigencia de derechos económicos, sociales y culturales de diferentes naturalezas.

En 2003, el caso es admitido por la CIDH, y ante el incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo de 2008 el caso es remitido a la Corte IDH en 2009. La sentencia de la corte reafirma la jurisprudencia previa, y aporta elementos importantes en la dimensión cultural, en sus palabras,

«174. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

175. Cuando se trata de Pueblos Indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida.

176. Para los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, rasgos culturales como las lenguas propias (Sanapaná y Enxet), los ritos de chamanismo y los de iniciación masculina y femenina, los saberes ancestrales chamánicos, la forma de memorar a sus muertos y la relación con el territorio, son esenciales para su cosmovisión y forma particular de existir.

177. Todos estos rasgos y prácticas culturales de los miembros de la Comunidad se han visto afectados por la falta de sus tierras tradicionales. [...]» (Corte IDH, 2010)

Aquí es donde la Corte IDH comienza a explorar los conceptos de vida digna con más claridad, al tiempo de reconocer que existen diferentes formas de vida como parte de la

cultura de un pueblo. Especialmente para los Pueblos Indígenas esa particular forma de ser es atravesada por la especial relación que mantienen con las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan.

3.2.4. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador

El pueblo Kichwa de Sarayaku es uno de los Pueblos Indígenas que habitan los territorios ancestrales amazónicos dentro de la región del Estado de Ecuador. Éste último en 1996 firmó un contrato con una empresa de combustibles para la explotación de dicho recurso en el territorio ancestral. Esta situación generó un alto nivel de conflictividad por la oposición del pueblo kichwa de que sigan interviniendo en sus territorios. Entre noviembre de 2002 y febrero de 2003, el nivel de violencia fue exponencial, lo que provocó una serie de graves violaciones a los derechos humanos del pueblo Sarayaku (Berraondo, 2013).

La CIDH declara admisible el caso en 2004 y promueve recomendaciones a Ecuador en 2009. En 2010 ante el incumplimiento de Ecuador, somete el caso a la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana, encontró responsable internacionalmente a Ecuador por la violación del art. 21 de la CADH respecto al pueblo Kichwa de Sarayaku, entre otras violaciones.

En lo que respecta al presente, la Corte entendió,

«146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los Pueblos Indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los Pueblos Indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los Pueblos Indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los Pueblos Indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.» (Corte IDH, 2012)

En esta sentencia queda evidenciada que la especial relación que los Pueblos Indígenas mantienen con sus territorios ancestrales es necesaria para su supervivencia retomando el concepto previo de la Corte IDH. Ahora bien en ese entramado pondera el derecho a decidir sobre los recursos naturales de sus territorios y recibir protección adecuada del Estado. La relación especial de los Pueblos Indígenas también vincula a los recursos naturales con los territorios.

3.2.5. Casos de la CIDH. Informes de Fondo.

A los fines de completar la exposición de los aportes del SIDH sobre el derecho a la PCI de los Pueblos Indígenas se referirán a continuación dos informes de fondo que se presentan por la relevancia que adquiere esta forma de pronunciamiento del SIDH respecto de países que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

3.2.5.1. Informe De Fondo N° 75/02. Mary y Carrie Dann (Estados Unidos). 2002

Las Sras. Mary y Carrie Dann pertenecen al pueblo indígena Western Shoshone, y veían amenazada la protección de la PCI de sus territorios ancestrales por el Estado Federal, que había comprendido parte de sus territorios como bien federal.

La CIDH concluye que no es posible asignar la caducidad de un título indígena legítimamente, dado que los mismos se encuentran protegidos por los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, y no son argumentos trascendentes en el plano del DIDH los vinculados a la caducidad por estímulo a la colonización o al desarrollo agrario.

Las amenazas y desposesiones a la PCI que genere o permita el Estado deberán ser indemnizadas.

3.2.5.2. Informe de Fondo N° 40/04. Las comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo v. Belice. 2004

El Consejo Cultural Maya de Toledo alega la violación del derecho a la propiedad por parte del Estado de Belice en relación con las tierras y territorios ocupados por el pueblo

Maya de Toledo. La forma de violentar el derecho a la PCI se vincula con la concesión de emprendimientos industriales, madereros y petroleros.

La CIDH entiende que el Estado de Belice violó el derecho a la propiedad del Art. XXIII de la Declaración Americana, al otorgar las concesiones sobre territorios que podrían quedar comprendidos por la demarcación, dentro de las propiedades del pueblo Maya.

Finalmente requiere la consulta y la participación del pueblo maya, con la debida adecuación de legislación de Belice, para garantizar la intervención de la comunidad indígena en las medidas que afecten a sus territorios.

3.2.6. La PCI en el sistema de Derecho Argentino

Como se ha abordado en la presente, la PCI encuentra su anclaje en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. Por ésta norma, el Estado debe garantizar el acceso a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan los Pueblos Indígenas que habitan Argentina.

Las comunidades indígenas y diferentes organizaciones de derechos humanos han sido impulsoras de los procesos que finalmente dieron con la sanción en la convencional constituyente de la manda indígena constitucional. Así, la incorporación del art. 75 inc. 17 propuso la construcción programática de un Estado pluriétnico, basado en la concepción de la preexistencia de los Pueblos Indígenas al Estado mismo.

Las organizaciones de los Pueblos Indígenas a lo largo de estas dos décadas que separan la aprobación de la constitución reformada de 1994 de la actualidad, han utilizado en varias oportunidades la protección constitucional a la PCI, generalmente a través de la acción de amparo.

Se analizarán tres sentencias nacionales posteriores a la reforma, que se alcanzaron como resultado de la organización y el litigio estratégico en derechos humanos en las comunidades indígenas a través de la acción de amparo constitucional (Art. 43).

3.2.7. De la Jurisprudencia Nacional

A continuación y consecuentemente con la sistematización que realiza Chiacchiera Castro (2009: 73 y ss) se considerarán los llevados a consideración de la CSJN en los

que el máximo tribunal haya revisado el fondo de la cuestión y que se vinculen con la PCI, es decir que como criterio se han seleccionado fallos de la CSJN como órgano máximo del Poder Judicial argentino, y de ellos los que la CSJN se haya expedido sobre el fondo, y finalmente éste haya sido vinculado con la PCI.

3.2.7.1. Recurso de Hecho deducido por la Comunidad Indígena del pueblo Wichí Hoktek t'oi en la causa Comunidad Indígena Pueblo Wichí Hoktek T'oi c/ Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta.

El 11 de julio de 2002, la CSJN hizo lugar a la queja por recurso extraordinario denegado contra un decisorio de Corte provincial que confirmaba una denegación de amparo previa, instada por la comunidad indígena del pueblo Wichí Hotktek T'Oí de la provincia de Salta con motivo de una autorización de desmontes en territorio ancestral.

En la sentencia analizada se observa la aplicación de dos estándares importantes de protección que hacen a la protección de la propiedad, en primer lugar la protección de la vía procesal de amparo –art. 43 CN– para hacer valer violaciones de derechos humanos de los Pueblos Indígenas y en segundo lugar la consagración de la operatividad constitucional del art. 75 inc. 17 CN. (Chiacchiera Castro, 2009: 78-79).

3.2.7.2. Recurso de Hecho. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta.

En este caso la CSJN reafirmó que la protección constitucional del art. 75 inc. 17 debe entenderse de forma comunitaria, lo que implica la especial ponderación del pueblo indígena en el proceso de delimitación de las unidades territoriales.

Si bien es un caso paradigmático del Derecho Indígena Argentino, y que ha tenido intervención del SIDH a través de la CIDH, a los fines de la presente desagregación del derecho, resulta pertinente subrayar el criterio de la CSJN por el que se resalta la intervención de la comunidad indígena al tiempo de realizar las demarcaciones, especialmente si ello implica la parcelación en títulos individuales que no compatibilizan con la cosmovisión indígena colectiva o comunal. (Chiacchiera Castro, 2009: 83)

3.2.7.3. Recurso de Hecho deducido por la Actora en la Causa Comunidad Indígena Eben ezer c/ Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción s/ Amparo.

El Poder legislativo de la Provincia de Salta dictó la ley 7274 que desafectaba dos lotes “fiscales” y otorgaba facultades al poder ejecutivo para disponerlos en venta. La comunidad indígena Eben ezer planteó una acción de amparo en resguardo de la PCI que se veía amenazada por la ley 7274.

Al tiempo de resolver la cuestión de fondo la CSJN, que interviene por competencia de apelación, invoca jurisprudencia de la Corte IDH (Yakye Axa c. Paraguay) sobre la forma de vida, la que es tenida por jurisprudencia nacional (Chiacchiera Castro, 2009).

Finalmente la CSJN hace un llamado a la ponderación especial de la vía de amparo para la protección de derechos humanos de los Pueblos Indígenas, especialmente de la PCI.

3.2.8. De la Jurisprudencia Provincial de Chaco

Seguidamente con el objeto de profundizar el análisis presentado aquí, se analizan dos casos del Estado de la Provincia de Chaco, donde se exponen criterios importantes que realzan la protección del art. 75 inc. 17 de la CN.

3.2.8.1. Comunidad Indígena Qom de Miraflores

Desde aproximadamente 1940 la comunidad Qom es reconocida por el Estado Nacional ocupante de 10.000 hectáreas del Departamento Gral. Güemes de la actual provincia de Chaco. Allí en 1979, por un Decreto del interventor provincial chaqueño de la dictadura militar argentina se hace reserva de aproximadamente 4.000 hectáreas a favor de la comunidad indígena Qom.

En 1993 y sobre 3 lotes de las hectáreas reservadas, se crea un ejido municipal llamado Miraflores. Si bien es cierto que los niveles de conflicto entre la comunidad Qom del territorio de “las 10.000” y los pobladores no indígenas existían y eran de importancia, hasta 1993 no había un conflicto de derechos propiamente dicho, sino una confrontación de hechos por los territorios.

En 1994, y consecuentemente con el impulso de la reforma a la constitución nacional, se modifica la constitución chaqueña y se agregan dos normas importantes: el art. 37 (citado previamente) y la disposición transitoria quinta. La primera reproduce las garantías de la propiedad indígena que tenía la reciente reforma nacional –art. 75 inc. 17 Const. Nac. y la proyecta sobre tierras, territorios y reservas indígenas, y la segunda, dispone un plazo de un año para su regularización. Dispone,

«Quinta. La propiedad de las tierras ocupadas y reservadas a los Pueblos Indígenas deberá transferirse dentro del año de la vigencia de esta Constitución. En el mismo plazo el Poder Ejecutivo provincial, con la participación del organismo provisto en el art. 43 y de los representantes e instituciones de las etnias y comunidades indígenas realizará un estudio técnico, censos y un plan operativo a fin de proceder a la transferencia inmediata de las tierras aptas y necesarias para el desarrollo de los Pueblos Indígenas, de conformidad con la política dispuesta en el art. 37. »
(Constitución de Chaco, 1994)

Ahora bien, la creación del ejido sin adjudicación de propiedad jugó a favor de los pobladores no indígenas, y el Municipio comenzó a extenderse dentro del radio que fijó su ley de creación en detrimento de tierras y territorios ancestrales del pueblo Qom.

En marzo de 2012 Epifanio Leiva de la comunidad Qom concurrió a la comisaría policial de la Ciudad de Miraflores, a realizar una denuncia penal por usurpación. Sumaba varias ya, porque una persona había comprado el patio de su casa y parte del territorio ancestral indígena. Las 10.000 hectáreas fueron subdivididas a los fines catastrales y de registro inmobiliario, en 100 lotes de 100 hectáreas cada uno. Uno de esos lotes es el Lote 88, donde se encuentra la casa de Epifanio y la de su familia. También es uno de los cuatro lotes que fueron asignados en 1993 al Ejido Municipal de Miraflores cuando fue creado por ley el Municipio. Sin embargo dicha asignación no ha sido en propiedad, sino como establece el régimen municipal argentino en proyección de competencias de derecho público. En resumen, son 100 lotes de Propiedad (reserva) Indígena de Miraflores, de los cuales 4 están afectados a competencia municipal, entre ellos el lote 88, donde vive Epifanio.

La Compraventa de la porción del Lote 88 fue llevada a instancias de un funcionario del poder Judicial, el Sr. Juez de Paz de Miraflores, quien certificó las firmas del contrato de compraventa inmobiliaria entre los privados. Ya en el predio, el comprador utilizó el predio como propio, cortó los alambres que lo cercaban, y comenzó a construir

una vivienda. Desde marzo de 2012 y hasta el 30 de Noviembre de 2012 la Fiscalía de Investigaciones penales N°1 de Castelli (capital departamental) estuvo a cargo del procedimiento referido a la supuesta usurpación, a raíz de la Denuncia que hiciera el Sr. Leiva. No habiendo dictado ninguna medida de protección para la Propiedad Comunitaria Indígena, Epifanio Leiva recurre en amparo por violación de derechos humanos al Juzgado del Menor de Edad y la Familia de Castelli.

El 06 de Agosto de 2013 la Jueza interviniente hizo lugar a la Acción de Amparo intentada por Epifanio, y declaró el lote 88 perteneciente a la Reserva Indígena. En éste fallo se confirma jurisprudencialmente que la protección acordada por la norma constitucional a la PCI incluye a las reservas indígenas y que por más que se haya creado una ley posterior de ejido municipal, la PCI se mantuvo incorrupta en lo jurídico formal.

«Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que el artículo 21 de la Convención protege a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, el derecho de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Con la interpretación evolutiva del Artículo 21 de la Convención Americana, la Corte ha abarcado el concepto indígena de la propiedad dando a ese derecho un alcance que incluye diversidad de modos de vida válidos y dignos de protección y garantía.(...) No hay pérdida de vigencia alguna, según alega el representante legal del juez de paz, estas reservas están plenamente vigentes.» Sentencia Civil. Julio de 2013. (JMEFVI, 2013)

El Juez de Paz, y el Estado provincial, apelaron el fallo de primera instancia, y la Cámara de Apelaciones, confirmó el fallo. En el mismo sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de Justicia, configurando un leading case provincial sumamente importante en materia de protección de la PCI y el derecho al reconocimiento jurídico por parte de los Estados Provinciales.

3.2.8.2. Comunidad Indígena Lpa A Na Moqoit

En octubre de 2012 Alicia Leiva, una mujer de la comunidad Moqoit del paraje conocido como “Raíz Chaqueña” realiza una denuncia penal por usurpación de la propiedad comunitaria indígena de 5000 hectáreas del pueblo Moqoit, en la ciudad de Concepción del Bermejo, provincia de chaco.

Leiva, denuncia que una empresa llamada “Bajo Hondo” estaba desocupando por la fuerza a los pobladores indígenas, rompiendo los hornos de barro y de carbón, y liberando los animales de granja al monte nativo.

En diciembre de ese mismo año, el juez Zaloff Dakoff del juzgado civil, comercial y laboral N°2 de Presidencia Roque Sáenz Peña, provincia de Chaco, dicta una sentencia en la que ordena hacer lugar a la acción de escrituración de la propiedad en nombre de la empresa Bajo Hondo S.A. en perjuicio de la propiedad comunitaria indígena del Pueblo Moqoit.

Ante esa situación, un grupo de miembros de la comunidad Moqoit apela la sentencia de Zaloff Dakoff. Siendo agosto del año siguiente, y sin que la empresa abandone la posesión de la propiedad se interpuso una acción de amparo contra la empresa, el juez y la asociación civil administradora de la tierra, en la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de P.R. Sáenz Peña, Chaco.

En poco más de 8 meses, la Cámara dictó sentencia revocando el fallo de primera instancia, y ordenando la restitución del inmueble al pueblo indígena Moqoit.

Del fallo de la cámara se resaltan la preminencia del derecho público indígena a la propiedad y la aplicación del criterio de autodeterminación indígena como estructura de legitimación procesal, además se consideró a la intervención del Juez de primera instancia como lesiva de derechos humanos, en sentido del Art. 43 de la Constitución Nacional.

3.3. Del Derecho al Reconocimiento Jurídico de las Tierras y territorios como subderecho de la PCI

Concordantemente con la hipótesis sustantiva del presente que busca revisar una característica intrínseca de la PCI, como lo es su funcionamiento como norma de ius cogens en la dinámica del estándar a la PCI del DIDH, se presenta a continuación como derecho desagregado, subderecho o componente de la PCI el derecho al reconocimiento jurídico de las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

Como se describía, el desempaque de derechos implica la selección de un componente del derecho o subderecho que permita ubicar en la teoría jurídica el derecho de análisis. Por ello, en el presente se analiza el derecho al reconocimiento jurídico de la PCI como componente de la misma o subderecho y se éste derecho se profundizará el “desempaque” de sus obligaciones.

En éste sentido, vale la aclaración metodológica que realizan Serrano y Vázquez (2014) respecto de la propuesta abordada en la presente:

« [...] la propuesta se construye desde la teoría jurídica y no desde la dogmática jurídica. En ésta línea, lo que haremos en las siguientes páginas no es una descripción de la dogmática jurídica del DIDH sino un intento de creación de una teoría de las obligaciones del DIDH [...] el “desempaque” del derecho [...] el análisis de un derecho humano a partir de las diversas obligaciones que lo construyen» (Serrano y Vazquez, 2014: 63)

En virtud de ello, en el presente se enfocará especialmente al desempaque del reconocimiento jurídico de la PCI a los fines de la continuación metodológica, y no necesariamente todo el plexo jurídico y los diferentes componentes del derecho a la propiedad comunitaria indígena como podrían ser los derechos que nacen del uso y goce de la tierra y los territorios.

Es decir, que aunque a la PCI la componen otros subderechos de distintos matices, se considera que el derecho al reconocimiento jurídico de la PCI exhibe de mejor forma la característica investigada de la PCI, esto es su imperatividad como norma del DIDH, dado que es justamente a través de éste componente de la PCI que el Estado se verá condicionado a realizar dicho reconocimiento formal y materialmente según el estándar Internacional.

A su vez, es importante tener presente que,

« [...] El objetivo principal es construir una herramienta analítica que permita aplicar las obligaciones a la elaboración de sentencias, diseño y evaluación de políticas públicas, estructuración de problemas analíticos, verificación de armonización de leyes, creación de indicadores, etc. Esto es lo que en ciencias sociales se conoce como “operacionalización de los conceptos”; estamos operacionalizando los derechos humanos para que se conviertan en una útil herramienta de trabajo» (Serrano y Vazquez, 2014: 63)

Aclarada la cuestión metodológica de porqué y para qué se analizará el reconocimiento jurídico del derecho a la Propiedad Comunitaria Indígena, corresponde el análisis del subderecho en especial.

La presente tesis contribuirá a sistematizar el contenido del derecho reconocido por el art. 75 inc. 17 a través del estándar del DIDH y su funcionamiento como norma de ius cogens para los Pueblos Indígenas.

Como ha entendido parte de la jurisprudencia universal e interamericana, el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas se vincula con la dignidad del pueblo (Corte IDH, 2005) con la identidad cultural (Corte IDH, 2001) y con su existencia en tanto plan de vida (Corte IDH, 2010). Sobre el derecho que los Pueblos Indígenas mantienen con sus tierras, se ha dicho:

“El CERD refiere que los derechos a la propiedad los Pueblos Indígenas se derivan de sus propias leyes consuetudinarias y de sus formas de tenencia de la tierra, y existen como derechos válidos y aplicables sin que haya un reconocimiento formal del Estado” (Mackay, 2007: 28)

Por tal motivo, el reconocimiento a los derechos no depende de la legislación interna especial del país como indica el desarrollo del DIDH de los Pueblos Indígenas en el consenso de la UNDRIP. La UNDRIP plantea un estándar claro y sencillo sobre la necesidad del reconocimiento jurídico de los derechos territoriales indígenas, remitiendo a la obligación de asegurar el reconocimiento según las formas culturales y los sistemas de tenencia ancestrales.

De esta manera, el Estado deberá promover una instancia formal de reconocimiento jurídico culturalmente adecuado a las comunidades indígenas, incluyendo especialmente los sistemas tradicionales de tenencia de la tierra, la toponimia indígena, la demarcación de sus propiedades según los sistemas de georeferenciación indígena y las formas tradicionales de ocupación.

En Argentina el derecho a la PCI se encuentra normado en la constitución nacional. Es sabido que los derechos se reconocen formal y materialmente. Lo es en sentido formal el realizado por la fórmula constitucional en el art 75 inc. 17, sobre ello la dogmática se ha pronunciado sobre su operatividad (Alterini, et al., 2005) y con la consagración jurisprudencial de la operatividad de la norma constitucional (Chiacchiera Castro, 2009) se abre el debate sobre su dimensión material.

Éste se nutre por los aportes de los teóricos de DESCAs en tanto plantea la necesidad de un análisis exhaustivo de las obligaciones positivas y negativas, de cumplimiento inmediato y de cumplimiento progresivo, de resultados o de medios, etc. (Abramovich y

Courtis, 2000) que convergen para organizar la maquinaria estatal al servicio del derecho humano a la propiedad comunitaria indígena.

La presente desagregación por las obligaciones del derecho al reconocimiento jurídico de la PCI pretenderá contribuir a otorgarle mayor sistematicidad al derecho, examinando en primer lugar el principio de funcionamiento de la PCI. Como se ha analizado, el análisis propuesto cae en la órbita del reconocimiento jurídico de las normas de la PCI como ius cogens de los Pueblos Indígenas, y el contenido material del reconocimiento jurídico será referencia específica de los siguientes acápite.

3.4. De las Obligaciones Generales de Respetar, Proteger, Garantizar y Promover la PCI

«Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.» (Corte IDH, 2003: 108)

Es sabido que todos los elementos analizados en la estructura metodológica propuesta contienen componentes obligacionales (Serrano y Vázquez, 2014) sin embargo en éste primer apartado de conformidad con la sistémica del DIDH, se analizarán cuatro géneros de obligaciones generales que engloban conductas de diferente tipo en cabeza del Estado.

Aunque existen otras tipologías de obligaciones generales, se seguirá a Serrano y Vázquez (2014), en la categorización de obligaciones generales de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos.

El bloque constitucional argentino se ha constituido utilizando otra fórmula constitucional diferente a la mexicana que por su art. 1 constitucional revisa esta cuádruple clasificación, se abordarán aquí como posición metodológica suficiente la clasificación del art. 1 de la Constitución Federal de México.

Dicho esto, corresponde conceptualizar a la obligación general de respetar como una obligación típicamente negativa, implicando la abstención del Estado en la violación de los derechos humanos. Conforme Serrano y Vázquez (2014) es, “la obligación más

inmediata y básica de los derechos humanos en tanto implica no interferir con poner o no en peligro derechos”.

Por su parte la obligación general de proteger traza su eje en el sentido de prevención de las violaciones de los derechos humanos, ya sea por intervención de particulares o de agentes de Estado.

«Es una obligación positiva a cargo de los agentes estatales de crear el marco jurídico y las instituciones necesarias para prevenir las violaciones de los derechos humanos, cometidas por particulares y por agentes estatales, así como para volver exigibles los derechos frente a posibles violaciones» (Serrano y Vazquez, 2014: 72)

Además, el Estado deberá cumplir la obligación de promover los derechos humanos cuando les brinde a las personas información adecuada respecto de sus derechos y faciliten la sensibilidad con los derechos humanos en general.

Finalmente y de vital importancia para el presente trabajo resulta la conceptualización de la obligación de garantizar, al respecto se tomará la referencia del relator Paul Hunt en su informe sobre la discapacidad mental en 2005,

«50. La obligación de cumplir exige que los Estados reconozcan el derecho a la salud, incluido el derecho a la salud de las personas con discapacidad mental, en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos, con miras a asegurar su realización efectiva. Para ello, los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial, de fomento o de otra índole.» (Hunt, 2005: 17)

Es decir que la obligación de garantía impone al Estado una conducta positiva “para asegurar la realización del derecho” (Serrano y Vazquez, 2014: 77). Ésta obligación,

[...] tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos la posibilidad de disfrutar de los derechos. Por ello requiere la remoción de todo aquello que lo restrinja, así como la provisión de los recursos o la facilitación de las actividades que aseguren que todos sean sustantivamente iguales (Fredman, 2008).» (Serrano y Vazquez, 2014: 77)

De esta manera, las cuatro obligaciones propuestas implican un nuevo nivel de desempaque del derecho donde la PCI, y el deber de reconocimiento imperativo del estándar internacional recalca especialmente en la Obligación de Garantizar. Es en el diseño específico de las políticas públicas a través de la adecuación de la accesibilidad del derecho al estándar internacional que tendrá que priorizarse el contenido imperativo de la PCI.

3.5. De los Elementos Institucionales de Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Calidad

La obligación de garantizar el reconocimiento jurídico del derecho a la propiedad comunitaria indígena, requerirá tener presente la especial relación de los Pueblos Indígenas con sus territorios al tiempo del diseño de políticas públicas para responder institucionalmente con el estándar internacional. Esto implica especialmente diseñar la respuesta estatal de conformidad con los elementos institucionales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

De esta manera, es importante tener presente que,

«Las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover enfatizan el deber estatal de realizar diversos actos. Esta realización debe ser acorde a estos elementos institucionales en tanto obligaciones que constriñen la acción gubernamental al momento de diseñar la aplicación de los derechos. Más específicamente, estos elementos institucionales se corresponden con el deber inserto en la obligación de garantizar de crear la maquinaria institucional fundamental para la realización del derecho.» (Serrano y Vazquez, 2014: 90-91)

Siguiendo con dicha argumentación, y concordantemente con la metodología utilizada, la diferencia entre las etapas de desagregación de derechos implican siempre contenido obligacional, es decir que ya sea las obligaciones generales de respetar, promover, proteger o garantizar, ya sea los elementos institucionales o los principios de aplicación, siempre se refieren a obligaciones estatales,

[...] pese a los nombres que asignamos a los conjuntos de obligaciones (obligaciones generales, deberes, elementos institucionales y principios de aplicación) todos tienen contenido “obligacional” para el Estado, todas son obligaciones estatales. Lo que diferencia a unos de otros es cómo e identifica el contenido obligacional y el tipo de responsabilidad que de ellos emana. (Serrano y Vazquez, 2014: 63)

El Estado debe diseñar la maquinaria institucional para dar respuesta centrada en especial dinámica del derecho a la PCI a través de cuatro conjuntos de obligaciones específicas que componen los elementos institucionales: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, y la calidad.

La disponibilidad del derecho al reconocimiento jurídico de la PCI implicará no limitarlo con obstáculos procesales o formales diferentes a las formas tradicionales de

disposición de las tierras y territorios indígenas. La propiedad deberá estar reconocida en el sentido que la costumbre indígena le haya dado culturalmente, como ya hemos referido, hecho que es compatible con la UNDRIP y con el C169OIT.

Ahora bien, la disponibilidad cobra especial relevancia en los casos de desplazamiento forzoso de las comunidades indígenas. La especial relación que la UNDRIP normativiza pone en posición de obligación al Estado prohibiéndole el desalojo forzoso.

Aun así, cuando existan situaciones de desplazamiento forzoso, la disponibilidad culturalmente adecuada, y la custodia con indicadores específicos de la relación de la comunidad desplazada con sus territorios originarios, deberán ser los criterios rectores al tiempo de otorgarles nuevas tierras aptas y suficientes.

De conformidad con el Comité DESC y Hunt (2005), la accesibilidad tiene cuatro aspectos a tener presentes: a. físico y geográficos, b. económicos, c. prohibición de discriminación, d. acceso a la información.

De esta forma, la accesibilidad física y geográfica, exige la presencia cerca de los entes estatales encargados de la registración pública de los títulos comunitarios indígenas cercanos a las propiedades comunales.

Los trámites de titulación, demarcación, relevamientos topográficos y cualquier otro que haga al reconocimiento de la existencia material del derecho sobre tierras y territorios deberán ser asequible, y en la medida de lo posible ser gratuito, para realizar la accesibilidad económica.

Finalmente, ningún diseño de políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos puede realizarse discriminando grupos indígenas del acceso a los procesos de normalización territorial o su reconocimiento formal o material.

La aceptabilidad como elemento institucional se vinculará con el derecho a la consulta y a la autodeterminación como ejes genéricos del derecho internacional de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas. No es posible dimensionar el reconocimiento jurídico de la PCI sin la intervención de las comunidades indígenas destinatarias en todo el proceso que implique el reconocimiento.

Por ello el Estado deberá traducir la aceptabilidad de los medios utilizados, en el deber de consulta –con las exigencias del estándar de consulta indígena, esto es, que sea

libre, previa, informada y de buena fe– y necesaria participación de las comunidades en las cuestiones vinculadas a sus territorios ancestrales y recursos naturales.

Finalmente la calidad importará el deber de otorgar como resultado del reconocimiento un derecho que sea capaz de confrontar con otros de diferente naturaleza pero con objeto similar, como las posesiones civiles de personas no indígenas, o el derecho a la propiedad privada.

3.6. Los Principios de aplicación

Consecuentemente con la metodología realizada en el presente, corresponde analizar los principios de aplicación, teniendo presente la doble naturaleza conceptual de los mismos como principios y obligaciones (Serrano y Vazquez, 2014: 104 y ss). A continuación se presentaran los elementos de núcleo básico, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de los recursos disponibles.

Con respecto a la identificación del contenido esencial, es importante tener presente que el núcleo básico del derecho supone el establecimiento de mínimos de satisfacción sin los cuales el derecho mismo se desnaturaliza o no puede manifestarse. En ese sentido el respeto al núcleo básico del reconocimiento jurídico a la PCI, deberá considerar el reconocimiento legislativo y la definición del mecanismo institucional para materializarlo como un relevamiento socio territorial.

La progresividad del reconocimiento jurídico importará no desconocer actos administrativos, judiciales o legislativos previos a la reforma de 1994 en la que se reconozcan derechos territoriales indígenas.

La progresividad implicará la gradación del cumplimiento de las múltiples obligaciones que genera el subderecho analizado, ponderando especialmente las diferentes situaciones de reconocimiento material que existen en las comunidades indígenas argentinas. De esta forma, deberán priorizarse aquellas comunidades desplazadas para garantizar el reconocimiento jurídico material a sus tierras y territorios indígenas.

La prohibición de regresión como principio de aplicación impide revertir situaciones de cumplimiento de derechos a estadios previos, con la consecuente pérdida de esferas de libertades ya garantizadas.

El Estado no puede regresar jurídicamente a instancias que desconozcan la garantía constitucional a la propiedad comunitaria indígena, especialmente se le prohíbe regresar a formas de reconocimiento jurídico no protegidas por el derecho constitucional nacional.

Esto último cobra especial relevancia, dado que en las propuestas legislativas de corte civil generalmente la propiedad comunitaria indígena se incorpora como un derecho real de naturaleza civil al compendio de derechos sobre cosas de la ley civil, desnaturalizando el reconocimiento jurídico debido a la PCI y consecuentemente su protección constitucional.

Con el objeto de profundizar el análisis de la progresividad, se recurre al principio del máximo uso de los recursos disponibles. Serrano y Vázquez (Los Derechos en Acción. Obligaciones y Principios de los derechos humanos, 2014) citando al comité DESC, presentan sus características más relevantes,

« [...] El comité señala que el máximo uso de recursos supone la obligación del Estado de asegurar el más alto nivel posible de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, bajo las circunstancias específicas del Estado.» (Serrano y Vazquez, 2014)

De esta forma el principio de la utilización de los máximos recursos disponibles implica un índice importante en la lectura de la progresividad, y la prohibición de la regresión.

En conclusión, el estándar resultante de la conjunción entre elementos institucionales y principios de aplicación brinda un marco de reflexión sobre la PCI y su reconocimiento jurídico en el sistema de Derecho Argentino, traspasado especialmente por la adecuación cultural de las normas a la realidad del derecho indígena y las formas consuetudinarias de abordar la identidad y la relación con las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, lo que importa en definitiva al respeto por el plan de vida digna indígena.

4. ANÁLISIS

En el presente análisis de la cuestión central de la tesis se esbozarán las argumentaciones principales que exponen la naturaleza imperativa de las obligaciones, derechos, principios y elementos esenciales del derecho a la PCI con el objeto de explicitar la característica de ius cogens de la norma desagregada previamente.

En éste capítulo se demostrará la dinámica de funcionamiento del derecho a la propiedad comunitaria indígena como norma de ius cogens internacional propuesta desde los estándares internacionales, considerando especialmente a la UNDRIP, y la forma en que los mismos condicionan al Derecho Argentino.

En torno a la metodología que subyace a la tesis, una vez expuestos el Estado de la cuestión en torno a la PCI en el capítulo II, y desempacado el derecho en el capítulo III, el análisis presente dará cuenta que dadas las características y el producto del desempaque del derecho al reconocimiento jurídico de la PCI, éste funciona como una norma de ius cogens por vincularse con la vida digna, la identidad y la territorialidad de los Pueblos Indígenas.

El derecho a la PCI, y el derecho al reconocimiento jurídico de la misma contienen elementos, según la exposición del capítulo anterior que analizados desde la doctrina y jurisprudencia internacionales permiten la identificación de contenido de ius cogens.

La identidad indígena dentro del marco del DIDH, como sujeto de derecho autorreferenciado, colectivo y protagonista de políticas públicas – como fuera referido en el capítulo II–, otorgará el último elemento reflexivo en torno al principio de igualdad y no discriminación.

Así planteado, el derecho a la vida digna, y la prohibición de discriminación matizarán los componentes argumentales que permitan concluir la imperatividad de la norma analizada.

4.1. La PCI y el Derecho a la Vida Digna

«El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque medidas

positivas de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrinal. Ya no puede haber duda de que el derecho fundamental a la vida pertenece al dominio del jus cogens » (Corte IDH, 1999: 65)

Desde el SUDH, la protección del derecho a la vida ha sido consagrada en los comienzos de su desarrollo por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y ratificada en los pactos fundamentales de derechos humanos, ya en el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, complementándose con las vastas y prolíficas cristalizaciones de normas posteriores como la convención de derechos del Niño, la CEDAW o la convención contra la tortura por ejemplo.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, conforman los ejes del marco normativo interamericano por donde emerge el derecho a la vida en el SIDH. Como se ha revisado previamente, ambos instrumentos conforman el bloque de constitucionalidad argentino (art. 75 inc.22 CN) y consagran el derecho a la vida como norma autónoma de protección. A ello deben añadirse los instrumentos especializados del sistema interamericano, como el protocolo adicional para la abolición de la pena de muerte, la convención de Belem Do Pará, el protocolo de San Salvador, la Convención interamericana contra la tortura, la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención contra la discriminación de personas con discapacidad, por referir los más importantes.

La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos es extensa en la revisión del estándar de protección del derecho a la vida entorno al artículo 4 de la CADH (Saavedra Alessandri, 2004: 281 y ss)

«Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]» (OEA, 1969)

Conforme esta norma se establecen dos principios de protección del derecho a la vida, uno procesal referido a la prohibición a ser privado de la vida arbitrariamente y uno sustancial de reconocer que toda persona tiene derecho a la vida (Saavedra Alessandri, 2004: 282)

Los órganos del SIDH han abordado la protección del derecho a la vida en el marco del art. 4 de la CADH respecto de múltiples aristas pero han sido tres ejes los que determinan la referencia histórica de la jurisprudencia interamericana en las formas de vulneración de la vida en el continente, la pena de muerte, la desaparición forzada de personas, y la ejecución extrajudicial de personas.

La incorporación en las alegaciones de violaciones de DESCAs de parte de la Comisión IDH en los casos llevados a la consideración de la Corte IDH, implicaron el desarrollo de un concepto importante para la lógica argumental de ésta tesis, y fue plasmado precisamente en un caso contencioso donde la Corte IDH revisó el derecho a la propiedad comunitaria indígena,

«168. En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad (supra párr. 50.100). » (Corte IDH, 2005: 90)

Y más recientemente sostuvo,

«153. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.» (Corte IDH, 2006)

En ambos fallos citados, la Corte IDH revisa cuestiones territoriales de los Pueblos Indígenas, siendo también un indicador de relevancia en la construcción del presente análisis respecto de la vinculación existente en el DIDH y en la conformación del estándar de la PCI, entre la Vida Digna y el derecho a la PCI.

La única diferencia en la forma de abordaje de típicos elementos de ius cogens declarado por el SIDH y que conforman los ejes jurisprudenciales históricos de las

normas imperativas v.gr, la desaparición forzada de personas, la pena de muerte y la ejecución extrajudicial de personas, etc., es que son típicos derechos civiles y políticos, mientras que el respeto, protección, garantía y promoción de la vida digna incorpora los debates sobre la naturaleza, alcance y vigencia de los DESCAs.

Como es sabido, no existe ningún argumento jurídico que permita distinguir los derechos humanos por su exigibilidad (Abramovich y Courtis, 2000) o por las obligaciones que generan en derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, “tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas” (Abramovich y Courtis, 2004: 28)

De esta manera, los Estados deben respetar el derecho a la vida digna, como componente del derecho a la Vida, en los términos reconocidos por los sistemas convencionales que lo declaran en el SUDH, en el SIDH y en las constituciones políticas de los Estados nacionales.

«215. Esta situación de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Así lo indicó Marcelino López, líder de la Comunidad, “[s]i tenemos nuestra tierra también va a mejorar todo y sobre todo vamos a poder vivir abiertamente como indígenas, de lo contrario será muy difícil vivir”.

216. Debe tenerse en cuenta en este punto que, tal y como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura.» (Corte IDH, 2010: 56)

Es evidente que en el desarrollo del estándar de protección la PCI tiene una vinculación por su naturaleza jurídica con el derecho a la vida de las comunidades indígenas, especialmente con el derecho a la vida digna. En suma, es posible concluir que el respeto a la vida digna de los Pueblos Indígenas implica el respeto por su existencia como colectivo culturalmente concebido, autodeterminado y protagonista de su desarrollo,

donde la propiedad comunal de las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan confluyen en los programas de vida de la comunidad.

4.2. LA PCI y la Identidad indígena

En este momento de la argumentación cabría preguntarse si es posible concebir a los Pueblos Indígenas andinos fuera de Los Andes, o a los pueblos cazadores recolectores del Chaco Americano, fuera del monte nativo. Claramente no. La territorialidad y la identidad son componentes indisolublemente unidos al universo indígena, como se ha indicado en el desempaque de forma extensa en el Capítulo II (Stavenhagen, 2008; Anaya, 2005).

A los fines del análisis, es importante tener presente que la vinculación entre ambos componentes han sido referidos por la jurisprudencia en el SIDH y en el SUDH por la fórmula de la “especial relación” que los Pueblos Indígenas mantienen con sus tierras y territorios.

Existe una evidente concomitancia entre ambos conceptos y su interrelación no es otra cosa que afirmar la primacía de la integralidad indígena tal y como ha inspirado el convenio 169 OIT y la UNDRIP.

En ese sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT respecto del Convenio 169 ha previsto:

« Los elementos [normativos que establece el C169 como criterios en el art. 1, respecto] de Pueblos Indígenas incluyen:

1. Continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización;
2. Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región);
3. Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias)» (OIT, 2009: 6)

La PCI y esa especial relación (conexión territorial como criterio) es un derecho que contiene elementos del reconocimiento a la identidad de los pueblos y por ello proyecta sus efectos en típicas normas clásicas de *ius cogens* como la prohibición de discriminación racial. Es el comité CERD quien hace una concreta y excelente ponderación de ello cuando postula que nadie puede ser sometido a probar su identidad

racial, *rectius* indígena sin lesionar la prohibición de discriminación según el estándar internacional (CERD, 2000).

El dilema de la identidad indígena afianzada en la especial relación que mantienen con sus tierras y territorios tradicionalmente ocupados pone el eje en la comprensión de la PCI como norma de *ius cogens* con el contenido dado por el estándar internacional.

La Corte IDH ha expuesto el criterio de vinculación en *Yakye Axa*, de la siguiente forma,

«La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.» (Corte IDH, 2005: 103)

La pérdida étnica y cultural irreparable que refiere la Corte IDH, no es otra cosa que la vulneración al plan de vida digna del pueblo indígena como sujeto del DIDH. Esa vulneración es una violación al derecho al reconocimiento jurídico de la PCI, y también a la vida.

En conclusión, identidad, territorialidad y derecho a la vida digna componen un entramado jurídico que sostiene la concepción de norma imperativa que se ha desarrollado en la presente tesis, bajo el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

4.3. La PCI y las normas de *ius cogens*

«[...]el *ius cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.»
(Corte IDH, 2003: 29 - del Voto Concurrente del Juez Cancado Trindade)

Conforme se ha establecido ya, la PCI forma parte del programa de vida digna de los Pueblos Indígenas, por lo que corresponde adentrar al análisis de las normas de *Ius Cogens* del derecho internacional general, conforme el orden de argumentación establecido para el presente análisis.

La PCI es una norma de DDHH (Corte IDH, 2001) que establece un vínculo dogmático normativo entre el derecho indígena nacional y el campo de análisis del

derecho internacional de los derechos humanos. Es sabido que éste último, forma parte de la evolución del derecho internacional público y que expresa en su contenido fórmulas jurídicas específicas orientadas a la protección de la persona humana, lo que los autores refieren como la humanización del derecho internacional general, es en esos términos un Derecho internacional para la Humanidad (Cançado Trindade, 2008: 3; Cançado Trindade, 2009)

Como se ha señalado, la persona humana constituye el epicentro de análisis, desarrollo, y protección del DIDH. Durante el S.XX y de forma concomitante a la proliferación de las normas de DIDH por la relativa centralidad de las organizaciones internacionales, los teóricos del derecho internacional público han desarrollado una idea concreta de imperatividad internacional: el *ius cogens* internacional.

El desarrollo del *ius cogens* es una expresión de fórmulas normativas propias del derecho internacional humanitario y del antiguo derecho romano (Maureria Santis, 2010), y de intentos argumentativos de importancia sustantiva en la creación del derecho internacional público orientados a fortalecer los sistemas internacionales de protección de derechos.

El hecho trascendente, como se señalaba en el capítulo II, es el proceso de codificación y cristalización de normas internacionales que significó la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados y su proceso de redacción por la Comisión de Derecho Internacional desde 1949. Esta convención ha establecido una causal de nulidad de los acuerdos internacionales en el art. 53 y una referencia al *ius cogens* en el art. 60, y con ellas han dado un marco importante para la cristalización por vía convencional de la característica de la inderogabilidad de las normas de *ius cogens*,

«Esta Convención fue el resultado de un largo y arduo trabajo iniciado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1949. El reconocimiento del *ius cogens* ha sido un gran logro por cuanto en el ámbito internacional, por vez primera, se reconoce la existencia de normas que no admiten acuerdo en contrario y se encuentra en la cúspide de las normas internacionales» (Quispe Remón, 2010: 45)

De esta manera, el *ius cogens* es relativamente definido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Romero Cebada, 2002: 1; Acosta López y Duque Vallejo, 2008: 16), y su concepto implica tres características principales desde el derecho internacional público: son obligaciones *erga omnes* que se contraen ante toda la

comunidad internacional, es decir que son oponibles a cualquier sujeto del Derecho Internacional, contienen valores esenciales para la comunidad internacional y son inderogables (Romero Cebada, 2002: 3-4)

«[Corte Internacional de Justicia, Caso relativo a la Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited.] ... debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes”.» (CIJ Rec. 1970: párs. 33 y 34)»

La CIJ presenta las características principales del ius cogens y su vinculación con las obligaciones erga omnes del derecho internacional (CIJ, 1970), que retomará y afinará el Juez Cançado Trindade en su voto razonado de la OC-18 sobre la condición jurídica de los migrantes, “por definición, todas las normas del jus cogens generan necesariamente obligaciones erga omnes” (Corte IDH, 2003: 80 del voto razonado del Juez Cançado Trindade).

Con independencia de las diferentes posturas de la doctrina ius internacionalista respecto de la existencia del ius cogens (Gomez Robledo, 2003), se comparte el criterio de la extensión protectoria del concepto de norma imperativa al DIDH.

Esta herramienta abierta (Corte IDH, 2003) implica el abordaje de una estructura de orden jurídico internacional (Orakhelashvili, 2006) de modo que la naturaleza sustantiva o material de la condición de ius cogens proyecta la apertura de la herramienta jurídica al servicio de los pueblos por jerarquía de normas.

En éste orden de ideas,

«Por último, las normas imperativas operan como un orden público para proteger el sistema legal de leyes, actos y negocios a él contrarios. Como en todo sistema jurídico, el derecho internacional puede ser vulnerable a la infiltración del efecto de ciertas normas y transacciones que son fundamentalmente repugnantes para él. Parece que el concepto general de orden público refleja más adecuadamente las características básicas del jus cogens internacional. Este concepto no sólo refleja la analogía con el derecho interno, sino que es el más adecuado o si no la única analogía que se puede adaptar sin la alteración del carácter inherente al concepto mismo, al carácter descentralizado del sistema jurídico internacional.» (Orakhelashvili, 2006: 4)

La afirmación de Orakhelashvili (2006) importa la existencia de un orden público internacional que condiciona no sólo las dinámicas de tratados internacionales –art. 54 Convención de Viena– y las transacciones privadas como lo realiza el instituto del orden público nacional, sino que las normas imperativas que conforman el orden público internacional condicionan la soberanía de los Estados nacionales al proponer sistemas de respeto, protección, garantía y promoción de derechos humanos entorno a los estándares del DIDH.

Concordantemente con esta postura, es posible concluir con el Juez Cançado Trindade en la importancia de ampliar el contenido material de la norma de protección (Cançado Trindade, 2008) y poner toda la estructura del DIDH al servicio de la protección de la persona humana (Cançado Trindade, 2009; Pinto, 2007).

El *ius cogens* como estructura argumental del derecho internacional público proyecta incidencia en el DIDH, éste nutre y fortalece la identidad del *ius cogens* como instituto jurídico desde la teoría jurídica de los derechos humanos. De esta forma las normas imperativas del derecho internacional público presentan un escenario semejante al orden público nacional con elementos constitucionales en su naturaleza (Orakhelashvili, 2006: 3).

Como se anticipara, se debe incluir a la PCI, y especialmente el reconocimiento jurídico de la PCI, en el género de normas de *ius cogens* porque cuando hablamos de PCI hablamos de identidad y de planes de vida: hablamos entonces de dignidad. Dignidad de un colectivo por resistir (Rajagopal, 2005). Se profundizará el análisis en el acápite conclusivo del capítulo, pero es importante tener presente que toda la construcción propuesta aquí sólo tiene sentido en el fortalecimiento de la posición de poder de las comunidades indígenas al tiempo de la reivindicación de sus derechos.

La PCI por su profunda vinculación con la subsistencia de los Pueblos Indígenas, con el derecho a la vida digna (Corte IDH, 2005; Corte IDH, 2005; Corte IDH, 2012) implica para el Estado una norma vinculante de garantía del reconocimiento de la PCI en la forma en la que se ha desarrollado el estándar internacional. De ésta manera condiciona como *ius cogens* los compromisos exteriores del Estado y la forma de relacionarse en el fuero interno con otras agencias del Estado y con la ciudadanía misma.

En primer lugar, la existencia de un orden jurídico de protección jurídica internacional a la persona humana y a los Pueblos Indígenas es una realidad material en la evolución del DIDH (CIDH, 2009), por lo que su proyección con normas específicas a los grupos históricamente sometidos debe ser una prioridad analítica que permita finalmente construir herramientas teóricas al servicio de los pueblos y de la resistencia a los intentos de neo colonización que en definitiva amenazan con la existencia misma de las comunidades (Corte IDH, 2012; Corte IDH, 2007; Rajagopal, 2005).

En segundo lugar, el desafío de la implementación de la normas internacionales de derechos humanos de los Pueblos Indígenas, especialmente la UNDRIP como norma del DIDH, conjugada con la disminución de la brecha de implementación del Convenio 169 OIT son factores que importan la proyección del estándar internacional en el fuero interno, no para sustituir formas culturales indígenas de arraigo y cosmovisión territorial, sino para *empoderar por remisión* de normas a los sistemas consuetudinarios indígenas.

Con el empoderamiento por remisión, se refiere a una forma de legitimación política por el que el DIDH deriva a las normas consuetudinarias indígenas la especificación del derecho sustantivo. Funciona entonces como una herramienta jurídica con naturaleza sustantiva y procesal, sustantiva en el sentido del contenido imperativo de la obligación de reconocer la PCI por parte del Estado y de la Comunidad de Estados y, procesal porque que deriva al derecho consuetudinario indígena de cada comunidad a la forma de vivenciar el derecho y en definitiva su delimitación material final.

El estándar internacional de la PCI, y especialmente su reconocimiento jurídico importan un piso mínimo de garantía de derechos que debe ser custodiado por el orden jurídico nacional. La forma de custodia de la PCI se encuentra mínimamente establecida en el DIDH, que al igual que las normas de remisión internacional, deriva a la aplicación del derecho indígena de cada comunidad para la resolución de los matices de cada PCI en cada pueblo.

Esto deja traducir una arista importante del presente trabajo que se ha tomado como presupuesto axiológico a lo largo del desarrollo de la tesis, los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho son autónomos en su propio desarrollo (Anaya, 2010; Corte IDH, 2012). Esta afirmación categórica implica para el Estado el condicionante imperativo como norma de *ius cogens* internacional al reconocimiento de la PCI respecto de otros

Estados de la comunidad internacional y respecto de los ciudadanos que habiten sus fronteras.

Es en ese último sentido una obligación erga omnes con dos dimensiones: horizontal y vertical. Bajo la dimensión horizontal se denotan los compromisos asumidos por un Estado respecto de toda la comunidad internacional son ese sentido “debidas a todos los sujetos de derecho internacional” (Corte IDH, 2005: 6). La dimensión vertical por su parte, implica el vínculo jurídico de estas obligaciones con las diferentes agencias del Estado, y también entre los particulares,

«Las obligaciones erga omnes tienen dos dimensiones, a saber: a) una horizontal, en el sentido de que son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo (en la cual se ha centrado casi que enteramente la doctrina jusinternacionalista contemporánea), debidas a todos los sujetos del derecho internacional; y b) una vertical, en el sentido de que vinculan a todos, los órganos y agentes del poder público (estatal), así como los simples particulares (inclusive en las relaciones inter-individuales, en que graves violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden ocurrir y han de hecho ocurrido)» (Corte IDH, 2005: 6)

Es posible concluir, que el ius cogens como norma erga omnes en su dimensión vertical puede funcionar explícitamente dentro de las estructuras de permeabilidad del derecho nacional respecto del derecho internacional de los derechos humanos como el control de convencionalidad.

Para completar el análisis de la PCI corresponde tener presente que la determinación de las normas de ius cogens se realiza por las fuentes tradicionales del derecho internacional, según se señalara previamente (Pastor Ruidrejo, 1972). Es decir, que el contenido material del ius cogens, y la dinámica de funcionamiento de las obligaciones erga omnes son producto de la dialéctica de las diferentes fuentes formales del Derecho internacional. Esta última apreciación debe complementarse con la intervención de las comunidades indígenas en el foro internacional y al nivel de incidencia indígena en los organismos internacionales de derechos humanos (Asbjørn, 2010)

Esta situación otorga a la UNDRIP una primacía de análisis “desde abajo” especialmente relevante atento que la misma conforma una cristalización de normas consuetudinarias. De esta forma, las diversas teorías sobre fuerza vinculante jurídica de la UNDRIP han sido trasvasadas por la exposición realizada de la imperatividad de la PCI como característica del estándar cobran una especial relevancia. Éstas otorgan a la

declaración una base sólida que permite inferir elementos de costumbre internacional, pero también de normatividad sui generis que ponen en definitiva el debate en su eje real: la construcción de herramientas de legitimación del poder de resistencia de las comunidades indígenas a la imposición de cánones de propiedad diferentes a la cosmovisión indígena.

4.4. Elementos de Identificación del ius cogens

De acuerdo con el Juez Nieto Navia (Tribunales Penales de la ExYugoslavia y Ruanda) y de concordancia con otros autores y autoras (Nieto Navia, 2003; Romero Cebada, 2002; Pastor Ruidrejo, 1972; Acosta López y Duque Vallejo, 2008) ya analizadas se expondrán como notas distintivas de una norma para ser considerada ius cogens las siguientes: a. Norma de Derecho Internacional General, b. Norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional, y c. inderogabilidad.

4.4.1. Criterio de pertenencia al Derecho Internacional General

El Derecho Internacional General es el ordenamiento jurídico que gobierna a la comunidad internacional y que se compone por las fuentes del art. 38 del estatuto de la CIJ con una marcada preponderancia por la fuente consuetudinaria (Nieto Navia, 2003). La oposición en la clasificación es el Derecho Internacional Regional.

El presente criterio es cumplido por el estándar internacional de la PCI analizado de momento que la base normativa son dos instrumentos del SUDH: el Convenio 169 OIT y la UNDRIP.

Finalmente, los sujetos destinatarios de las normas los componen los Pueblos Indígenas, sin distinción de geografía alguna, con vocación a la protección universal de los mismos.

4.4.2. Criterio de Aceptación y Reconocimiento de la Comunidad Internacional

Este criterio está fundado en el interés por la soberanía de los Estados y el respeto mutuo, de momento que su fundamento es no imponer categorías inderogables sobre

otro Estado. Sin embargo, no es una exigencia el reconocimiento de unanimidad para el reconocimiento internacional de la norma,

«Por lo tanto, antes de que una norma puede ser considerado como jus cogens debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto (en algunos aspectos similar a la manera en que se forman las normas del derecho internacional consuetudinario general). Sin embargo, esto no significa que la norma debe ser aceptada por todos los Estados (por unanimidad). Lo más importante es que "sólo algunos sujetos de derecho internacional, actuando solo o en conjunto con los demás" no pueden crear jus cogens y, posteriormente, imponer su interpretación en la mayoría de los Estados. Del mismo modo, sólo algunos sujetos que actúan solos o en conjunción con otros no pueden, en teoría, vetar una decisión adoptada por una mayoría de los Estados.» (Nieto Navia, 2003)

Se entiende que la PCI cumple con el requisito de reconocimiento internacional en la masiva adhesión de la UNDRIP, que como ha sido referida, no ha sido alcanzada en los niveles de consenso por ninguna otra norma internacional en el proceso de conformación del DIDH. Es en éste sentido un intento importante de cristalización de normas consuetudinarias con un aval internacional casi unánime.

4.4.3. Criterio de Inderogabilidad

Respecto a la inderogabilidad cabe tener presente que cuando un Estado desconoce la protección debida a la PCI genera responsabilidad internacional en el SIDH, y más aún cabría imputar responsabilidad internacional ante la posibilidad de derogar la protección de la PCI en el orden nacional por un acuerdo con otro Estado.

Resulta sin embargo una hipótesis de conflicto a desentrañar más finamente dada la realidad de determinación de fronteras interestatales que pueden vulneran la integralidad de la propiedad indígena. Escapa el análisis de la presente, pero sería conveniente establecer reglas concretas para ello.

4.4.4. La doctrina de Erik Suy

Conforme la exposición que realiza el profesor Gomez Robledo (El Ius Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico , 2003: 168 y ss.) el profesor Erik Suy presenta una serie de criterios de las normas de ius cogens en la obra "*Le Droit des traités et les droits de l'homme*" (Institut international des droits de l'homme) de 1980, específicamente para la determinación de cuales derechos humanos pertenecen a la

esfera del ius cogens y cuáles no, utilizando lo que Gomez Robledo considera el test de Suy.

El Test de Suy se compone del análisis de la derogabilidad por acuerdo entre Estados y por autorización convencional, y del análisis del crimen internacional (Gomez Robledo, 2003).

La inderogabilidad por acuerdo entre Estados de la protección ha sido revisada en el acápite anterior, pero refiere a la hipótesis de nulidad de los convenios celebrados entre Estados que tienden a desconocer la PCI. La inderogabilidad por autorización convencional, refiere al análisis de los textos oficiales para revisar la posibilidad de autorización en el mismo convenio de dejar sin efecto alguna de sus partes.

Finalmente, el último criterio referido el análisis del crimen internacional como resultado de la violación de una norma de ius cogens se halla atravesado por la actualidad del debate del proyecto de codificación por responsabilidad internacional en el que específicamente se refiere que las consecuencias de la violación de una norma de ius cogens produce una violación grave de derechos que pone al Estado en situación de responsabilidad internacional por hecho ilícito. La referencia es genérica y aunque no es específica del DIDH adquiere especial importancia en el argumento de la PCI como norma de ius cogens, puesto que el desconocimiento de la PCI podría constituir una violación a una norma de ius cogens y su tipificación como violación grave de derechos según el proyecto citado.

4.5. El Condicionamiento al Estado Nacional de la norma imperativa

Hasta aquí la línea de argumentación ha pretendido sostener que el derecho internacional ha evolucionado en la protección de la persona humana al DIDH, y que en ésta evolución ha traído consigo categorías jurídicas del DIP clásico como las normas de ius cogens. Las normas de ius cogens generalmente han sido concebidas como universales e inderogables por los altos valores que custodian.

Ésta tesis presupone la necesidad de considerar normas de ius cogens por grupos históricamente sometidos para consolidar la construcción de discursos de DDHH que

empoderen a las mismos en la lucha por el reconocimiento de su existencia como comunidad autodeterminada cultural, social y políticamente.

La propiedad comunitaria indígena se presenta como protoderecho de la cosmovisión indígena, en el sentido en que se han referido los informes de las agencias internacionales, la academia y las propias comunidades indígenas, como se refirió en el capítulo II.

Éste derecho contiene en sus obligaciones elementos específicos que permiten la inferencia de contenido normativo especialmente relevante como norma imperativa, que sucintamente fueron referidos en el capítulo III desagregando el componente que mejor demuestra la hipótesis de la imperatividad del estándar internacional de protección de la PCI.

Consecuentemente con la afirmación previa sobre la dimensión horizontal y vertical en la que las normas erga omnes proyectan su incidencia respecto del Estado obligado, ya sea respecto a otros Estados (horizontal), o respecto a sus propias agencias estatales (vertical), cabe preguntarse sobre la forma de condicionamiento del derecho nacional, en ese sentido se tiene presente el voto razonado concurrente del Juez Cançado Trindade en el asunto del pueblo Kichwa de Sarayaku (medidas provisionarias) en que sostuvo,

«24. Las obligaciones erga omnes, a su vez, incorporan intereses comunes y superiores, así como valores fundamentales. Las violaciones del jus cogens son objetivamente ilegales, independientemente de las actitudes o reacciones de los Estados en cuestión. El cumplimiento de las obligaciones erga omnes es requerido no solamente de los Estados, sino también de otros sujetos del derecho internacional (inclusive organizaciones internacionales, así como pueblos e individuos). Relacionadas con el jus cogens, tales obligaciones vinculan a todos.» (Corte IDH, 2005)

Ésta afirmación no hace más que mostrar como las normas del derecho internacional, la jurisprudencia y los principios generales no se mantienen inertes sino que acompañan los procesos de evolución general del sistema del DIDH, y que esa evolución trae aparejados nuevos criterios de ilegalidades internacionales entorno a las violaciones de derechos humanos.

El Estado Argentino debe por la vía de sus compromisos convencionales respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos de las comunidades indígenas, pero está especialmente obligado a reconocer jurídicamente a la propiedad comunitaria indígena como cimiento jurídica y material de los derechos indígenas en general, ya por

la vía de la constitución nacional (Art. 75 inc. 17) y las constituciones provinciales, ya sea por la vía del DIDH.

4.6. La Ponderabilidad y la Determinación Judicial

La afirmación categórica de la PCI como norma de ius cogens no esquiva dos situaciones argumentales específicas que merecen atención especial: la ponderabilidad del derecho a la PCI y la falta de determinación judicial del Ius Cogens de la PCI.

En primer lugar, respecto a la ponderabilidad del derecho a la PCI es importante tener presente que por ponderación de derechos se entiende a la operación de interpretación para preferir un derecho utilizando un criterio axiológico de preferencia.

Bajo éste prisma, y ubicada la ponderación como técnica de interpretación, es importante separarla en el análisis de los estados de excepción en la vigencia de derechos que ha desarrollado tanto el SUDH como el SIDH.

Es importante tener presente que en la jurisprudencia interamericana y nacional revisada no existen casos en los que el juzgador haya realizado ponderación de derechos y haya encontrado derrotable la propiedad comunitaria indígena.

Por el análisis de los casos del SIDH debería considerarse prácticamente una norma inderrotable a la PCI, sin embargo en el caso de la Comunidad Yakie Axa (Corte IDH, 2005) la Corte IDH refiere a la posibilidad de ponderación y eventualmente derrotabilidad del derecho a la PCI frente a propiedades privadas convencionales, sugiriéndoles a los Estados el análisis de cada caso,

«147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones

concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (...). (Corte IDH, 2005)

La hipótesis que refiere la Corte IDH en el parr. 149, esto es la posibilidad de devolver la PCI frente a razones “concretas y justificadas” solamente podría referirse al funcionamiento de la norma de *ius cogens* en la excepción de Desplazamiento Forzoso, según lo refiere el Convenio 169 OIT y la UNDRIP.

No considero posible que la propiedad comunitaria indígena pueda ser derrotada y que la Corte IDH, armonizando con el desempaque realizado en el Capítulo III, puede referir exclusivamente al desplazamiento forzado por catástrofes naturales o guerras, por ejemplo. Dado que la PCI integra el plan de vida digna, hace a la identidad del pueblo indígena, logra en la confrontación de normas ser vencedora, y así lo ha tenido la Corte IDH en sus fallos.

Entiendo que la Corte IDH solo puede referirse en el sentido explicado previamente por dos razones. Por un lado, no es concordante con los resultados de los fallos llevados a consideración de la Corte IDH, dado que por ejemplo en *Xakmok Kasek* la propiedad indígena se oponía a una propiedad privada individual, y la Corte consideró derrotada la norma de propiedad privada, como ya se ha referido en el capítulo III. Por otro lado, no es congruente la referencia con la doctrina sentada en el Caso de “los Niños de la Calle” y la obligación del Estado de organizar el aparato público para dar respuestas que permitan el desarrollo del plan de vida digna de las personas.

Considero que ésta referencia, la hipótesis planteada por la Corte IDH de confrontación de derechos y la derrotabilidad de la PCI, no podría resolverse por el desplazamiento de la PCI por su condición de *ius cogens* de los pueblos indígenas, sino en el funcionamiento del derecho el que ya prevé la situación de excepción del desplazamiento forzoso.

Por ello, ante la pregunta sobre la posibilidad de ponderar la PCI debe responderse positivamente, mas la pregunta sobre la derrotabilidad de la PCI pareciera que no es posible.

La naturaleza de *ius cogens* de la PCI sostenida en el análisis lleva ínsita la imposibilidad de derrote de la norma en juicio de ponderabilidad, es decir, que el *ius cogens* es por naturaleza inderogable.

Ahora bien, en la presente tesis se ha definido que la PCI y concretamente el desempeño del subderecho al reconocimiento jurídico de la PCI según se revisó en el capítulo III, expresan del estándar internacional su condición de *ius cogens* como una característica del derecho.

El reconocimiento jurídico de la PCI constituye una norma de *ius cogens* inderogable como la naturaleza de los derechos que la sostienen: el principio de igualdad ante la ley, la prohibición de discriminación y el derecho a la vida digna.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, refiere,

«11. La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.» (Comité de DDHH, 2001)

Por ello el derecho a la vida, la protección a la identidad indígena por la prohibición de discriminación racial y la igualdad ante la ley establecen normas sólidas y concretas que funcionan en el plano axiológico ponderativo al momento de realizar la interpretación.

Respecto a la determinación judicial, esto es a la referencia explícita de una corte internacional sobre la existencia de *ius cogens* en materia de PCI, aunque no existan fallos explícitos al respecto, es una realidad implícita de la derrota en la ponderación con otros derechos en todos los fallos analizados del SIDH.

Finalmente, es sabido que la doctrina y la costumbre internacional no son actos únicos de resultados inmediatos, sino que son procesos de desarrollo de normas y de reconocimiento de derechos donde las luchas indígenas han impulsado la protección y renovación de normas (Stavenhagen, 2010).

4.7. La PCI desde abajo

A manera de conclusión del análisis, se refiere a la comprensión general del mismo “desde abajo”, aun cuando la herramienta analizada (la PCI como norma imperativa) sea propia del derecho internacional desde arriba, representa el despertar de la conciencia jurídica de la humanidad al decir del Juez Caçado Trindade.

Bajo ésta premisa, se explicita que el derecho puede analizarse desde diferentes aristas,

«A diferencia de las aproximaciones simplemente estatalista, “desde arriba”, una perspectiva social, “desde abajo” permite contemplar los conflictos ligados a la protección de derechos desde coordinadas diferentes a las tradicionales. No ya como un simple conflicto entre poderes institucionales (...) sino, de manera especial, como un problema de participación y de movilización ciudadana, dentro y fuera de los espacios institucionales.» (Pisarello, 2009: 157)

“Desde Abajo” implica la concepción de derechos edificados a partir de las luchas que el pueblo tiene por el reconocimiento de su dignidad y en sí, señala una construcción teórica desde el fenómeno social real: Los derechos sociales nacen de las conquistas de los pueblos y no necesariamente desde la positivización. Se consolidan los derechos, por los actos de reconocimiento de las Instituciones del Estado, y de los procesos extra institucionales como la intervención de los movimientos sociales (Pisarello, 2009).

Conforme el espíritu del texto citado, en definitiva se fortalece la democracia cuando el Estado ofrece espacios institucionales y extra institucionales para la tutela de los Derechos consagrados por la conquista de la ciudadanía.

Toda la construcción teórica presentada aquí tiene sentido si se pone al servicio de consolidación de la posición de poder en la resistencia indígena por el mantenimiento de sus formas tradicionales de vida. Es el “buen vivir”, el “sumak kawsay” del pueblo

kichwa andino, el componente inseparable de la construcción propuesta: la integralidad indígena de pueblo y territorio ancestral en contacto permanente.

El presente es un esfuerzo de sistematización de categorías del conocimiento hegemónico puesto al servicio de los Pueblos Indígenas y el resultado no parece otro que concebir que el desconocimiento de la propiedad indígena, desde el pueblo indígena, implica la negación a su identidad y a los proyectos de vida que sostenga el pueblo (Sousa Santos, 2003). Es en definitiva una discriminación racial proyectada sobre el basamento de la vida indígena: La territorialidad.

El derecho internacional general, y especialmente el derecho internacional de los derechos humanos puede analizarse desde dos posiciones teóricas políticas diferenciadas,

“Hay dos formas de interpretar el cambio jurídico internacional: desde arriba, como lo hacen la mayoría de los juristas al concentrarse exclusivamente en las fuentes formales, las opiniones judiciales y los tratados, o desde abajo, cuando nos concentramos en la experiencia vivida de la gente ordinaria con el derecho internacional, en su trato con las instituciones internacionales, cuando tienen que presentar sus peticiones en términos jurídicos internacionales o cuando construyen redes para influir la política internacional o doméstica” (Rajagopal, 2005: 21)

Se han analizado en los casos jurisprudenciales del Capítulo III, como en la mayoría de los casos han sido las propias comunidades indígenas quienes han motivado desde las luchas y resistencias el reconocimiento del Estado a sus derechos fundamentales. Han sido movimientos primarios fuertemente organizados, o bien con la toma y bloqueo de rutas y caminos, movilizaciones y concentraciones, o utilizando los recursos institucionales del poder en otros casos. El protagonismo por reconocimiento de los derechos debe quedar en las propias comunidades indígenas.

Finalmente, es imprescindible tener presente que la PCI desde abajo es una realidad compleja, atravesada por el conocimiento ancestral indígena que la permea, la interpreta y reinterpreta, por eso es central que cualquier estándar de protección que se diseñe en el foros internacionales remita a la costumbre indígena de cada pueblo donde descansa el verdadero sentido de territorialidad. Desde el DIDH es importante dar el marco de intervención que fortalezca la posición históricamente desventajada de los Pueblos Indígenas, teniendo siempre presente que no debe ser el DIDH el lugar de definición del

derecho, sino que es uno más de los espacios de poder donde puede disputarse el derecho a la resistencia indígena.

5. CONCLUSIÓN

*Amutuy Soledad,
[...]Con qué ley me juzgaron, Por culpable de qué
De ser libre en mi tierra, O ser indio tal vez,
Qué conquista festejan, Que no puedo entender.
[...]Vámonos que el alambre y el fiscal pueden más.
Amutuy, sin mendigar.*

Canción del Pueblo Mapuche.

Hermanos Berbel.

Esta tesis ha analizado las distintas concepciones y marcos conceptuales que desarrollan el estándar de la PCI para luego proceder a la desagregación del derecho, especificando los diferentes componentes de su matriz y la proyección de su contenido desde un derecho puntal, con características determinadas que son compatibles con los cánones de interpretación de las normas imperativas.

Es decir que a lo largo del desarrollo de la investigación ha sido posible determinar que una de las características del estándar internacional de la PCI es pertenecer al concierto de normas de *ius cogens* calificando de esta forma las obligaciones del Estado Argentino.

En el desarrollo de la tesis, una vez presentado el Derecho, se desagregó la obligación de garantía del reconocimiento jurídico, elementos y principios de aplicación, de esta forma se constata por descripción la hipótesis esbozada, es decir, que se confirma a través de la presentación sistematizada del derecho, el funcionamiento como norma de *ius cogens* internacional de la PCI.

Se ha mantenido a lo largo de la presente la caracterización como norma imperativa del derecho internacional al derecho a la PCI, conformándose dicha conclusión a lo

largo de cada parte de la investigación en la que se fue construyendo la argumentación principal.

La presente conclusión dará cuenta de tres supuestos de apoyo del argumento principal: la identidad indígena, territorialidad y vida digna. En el cuerpo del texto se señalarán algunas futuras posibles líneas de investigación, finalmente se referirá al eje conclusivo como el principal aporte de la presente en la caracterización de la PCI como norma de ius cogens.

La Identidad Indígena

La identidad de los Pueblos Indígenas presenta en el desarrollo del estándar internacional del DIDH el reflejo de la vivencia de los pueblos del derecho a su propia identidad. Es decir, que refleja el derecho que cada uno de los pueblos tiene a la autoidentificación de los mismos por la forma en que cada comunidad lo realiza, ya sea de forma colectiva por las instituciones del derecho consuetudinario indígena, ya sea de forma individual por la autorreferencia.

De cualquier manera, el único criterio de identificación indígena compatible con el principio de no discriminación es la autorreferencia indígena (individual o colectiva). Los Pueblos Indígenas son sujetos autorreferidos, colectivos y protagonistas por autodeterminación de las políticas públicas que los incluyan o afecten de algún modo.

Poseen titularidad colectiva de los derechos, porque así había sido impulsado por las comunidades indígenas del mundo desde las primeras intervenciones en la agenda pública internacional, pero principalmente en la redacción de la UNDRIP y en el C169OIT. Especialmente relevante para el Estado argentino es esta premisa, dado que conforme surge del propio texto constitucional, el Estado deberá “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas argentinos” y garantizar a ellos la “posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 75 inc. 17 CN).

Como se señaló previamente es la propia constitución nacional, en concordancia con el C169OIT y la UNDRIP, la que reconoce a los Pueblos Indígenas la colectividad de sus derechos. Son para el derecho argentino y para el DIDH, sujetos colectivos de derechos.

Por su parte, la condición de sujeto de políticas públicas implica la posibilidad de ser partícipe de su propio desarrollo, y pone el acento en la dinámica de intervención de las políticas públicas orientadas al grupo social dentro del Estado.

Como se sostuvo en la primera parte de la presente investigación, los Pueblos Indígenas en el desarrollo del DIDH intervienen como sujetos de derechos autodeterminados por su propia cultura, debiendo el Estado dar intervención y consulta a los pueblos, promoviendo el protagonismo de sus instituciones en los temas que de alguna pudieran afectarlos. El Derecho a la consulta y a la participación de los Pueblos Indígenas también es expresión del derecho a la autodeterminación, y que aunque no fuera materia de esta investigación, se refiere por la importancia que tiene para futuras investigaciones que se puedan realizar dado que estos derechos han sido profusamente nutridos por los últimos desarrollos del DIDH.

En conclusión, la autodeterminación traza el damero de participación de los Pueblos Indígenas en las democracias actuales, y es desde esa arista de donde deben comprenderse las vinculaciones del Estado con los Pueblos Indígenas por ello, la identidad debe quedar lo más explícitamente referida a través de la auto identificación para el desarrollo concreto de la autodeterminación indígena y el reconocimiento efectivo de los derechos sobre sus tierras y territorios.

La Territorialidad Indígena

La territorialidad Indígena es la base de la subsistencia del pueblo como tal, y como se ha observado en todas las fuentes internacionales analizadas desde el informe Cobos hasta la sentencia del pueblo Kichwa de Sarayaku, el derecho a la PCI contiene una vinculación directa con el derecho a la identidad, a la cultura, a la autodeterminación, a la alimentación, a la salud, al ambiente, por referir sólo algunos. Es decir, la territorialidad como se ha afirmado es expresión de la integralidad indígena, de la cosmovisión de los pueblos y de su especial relación con el entorno.

La territorialidad indígena manifiesta en toda su expresión los componentes del derecho a la PCI que han sido desagregados en el capítulo III y otros no considerados en la presente investigación como el derecho a la alimentación indígena adecuada, o la salud indígena.

Es también una condición de desarrollo autodeterminado de los Pueblos Indígenas, dado que a través del acceso a la tierra reconocido formal y materialmente se consolidan prácticas culturales que permiten el diálogo orgánico con el entorno, promoviendo el desarrollo de otros derechos como refería previamente. Es en este sentido la vivencia de un desarrollo culturalmente adecuado y construido ancestralmente por las comunidades.

En esta instancia conclusiva, por territorialidad se entienden todas las formas posibles de vinculación indígena con sus territorios, en el lenguaje normativo constitucional argentino lo integra explícitamente la reserva indígena, la posesión indígena y la propiedad comunitaria indígena, tres conceptos que aunque poseen diferencias jurídicas no poseen ninguna divergencia para la consolidación de la argumentación que se presenta aquí.

Esto es así, dado que ninguna de las tres formas que reconocen los distintos ordenamientos constitucionales argentinos implican una diferencia en la vivencia del derecho por parte de las comunidades indígenas, sino una mera expresión de la evolución de las normas de protección desde una forma más básica y elemental como las reservas o los decretos que destinaban territorios indígenas a las misiones religiosas, hasta la PCI propiamente dicha que engloba todas las formas de acceso indígena a la tierra y a sus territorios en la actualidad constitucional. Esa actualidad se encuentra consolidada por la reforma constitucional de 1994, la plena vigencia del C169OIT y por haber sido parte de la consolidación del consenso internacional sobre la UNDRIP.

Podría pensarse en realizar un estudio acabado de las diferentes formas jurídicas, de la cultura jurídica y de los procesos de institucionalización de los derechos que le han dado a la forma de vinculación que los pueblos mantienen con las tierras y territorios, como la tenencia, posesión, propiedades comunales, propiedades individuales indígenas, etc., sin que ello implique una disminución en la proyección del derecho a la PCI tal como se lo ha desarrollado aquí.

En este último sentido, desconocer la territorialidad del pueblo implica para el Estado necesariamente hacerlo respecto de una condición de subsistencia y de identidad de un pueblo, debiendo asumir las consecuencias jurídicas que impone la violación a una norma imperativa de derechos humanos. La territorialidad indígena es principio de identidad y de subsistencia.

La Vida Digna

Éste es sin duda uno de los hallazgos más importantes de la tesis y no es en sentido de descubrimiento el mérito, sino en el sentido del análisis de los vínculos que plantea el derecho con los componentes referidos previamente, la identidad y la territorialidad.

La vida digna de un pueblo se realiza allí donde la comunidad desde tiempos inmemoriales forjó una relación especial con su entorno, que le permitió vivir y desarrollarse según su propio plan de vida culturalmente concebido. Los territorios confluyen con la dinámica de identidad de los pueblos para configurar elementos únicos y autóctonos donde se realiza la vida comunitaria: lugares rituales y religiosos, de caza y recolección, de posesión intermitente, de vivienda, de esparcimiento, sitios comunitarios, sitios de recolección medicinal, etc. Cada comunidad tiene una geografía propia que nace del contenido de la relación que cada pueblo tiene con sus territorios.

Hoy es jurisprudencia uniforme del SIDH que los Estados deben reconocer la propiedad comunitaria indígena y las formas de vinculación de las comunidades indígenas con sus territorios. Esto es así principalmente porque los Pueblos Indígenas aún resisten a los embates políticos, jurídicos, económicos y sociales sobre sus territorios, cada pueblo según sus tradiciones. Como embates económicos, aunque son fenómenos complejos y multicausados, podrían considerarse los emprendimientos a gran escala de inversión o los monocultivos. Son sociales los embates que se realizan con la migración interna hacia grandes ciudades sin políticas públicas que contengan la realidad intercultural de los miembros de comunidades que producen un choque cultural en desmedro de la cultura indígena como la falta de educación bilingüe intercultural en las grandes urbes o la falta de planes de viviendas sociales adecuadas para las comunidades indígenas no rurales.

Finalmente y unidos, los embates políticos y jurídicos se vinculan a las hipótesis de las formas de colonización jurídicas que se instrumentan desde Estados con matrices ideológicas nacionales únicas que no permiten ni reconocen la existencia de la diversidad cultural y los planes de vida de las distintas comunidades y naciones indígenas.

Advierta el lector la conclusión que el respeto a la vida digna de los Pueblos Indígenas es el respeto por la inclusión en la agenda de políticas públicas de un sujeto

colectivo culturalmente concebido, titular de autodeterminación y protagonista de su desarrollo. La PCI se proyecta en los programas de vida de cada comunidad como se refería en el capítulo de análisis.

Ahora bien, concluyendo la tesis pareciera redundante hablar de derecho a la vida digna, pues entiendo que no podría hablarse de alguna forma de protección jurídica de la vida que no fuera por apelación a la base de dignidad que todas y todos tenemos. Es en este sentido expresión de la teleología del DIDH. Si no hay protección de los planes de vida digna, pues entonces no hay necesidad del DIDH, no hay un fin de soporte al derecho internacional, ni razón para sostenerlo.

Sin embargo hasta el momento, el DIDH ha sabido ser un recurso del que las comunidades de América Latina al menos, se han valido cuando las puertas de los Estados nacionales se les han cerrado, como lo demuestran las intervenciones del SIDH y del SUDH en materia de protección de derechos indígenas. La prolífica jurisprudencia del SIDH en materia de protección de la PCI se vio exponencialmente nutrida con el aporte del componente de la Vida Digna al análisis de las vulneraciones de derechos humanos de los PI.

De esta forma, la Vida Digna como integrante del Derecho a la Vida, es un punto de articulación entre la cosmovisión indígena de su identidad y la territorialidad, fortaleciendo las premisas de argumentación aquí expuestas.

De Saberes, Imperatividades y luchas: La característica de imperatividad de la PCI

La disputa por el contenido de los cánones y categorías del campo del derecho internacional, es una de las formas del ejercicio del derecho a la resistencia de los pueblos por el mantenimiento de sus planes de vida y su derecho al desarrollo según las formas que el propio pueblo determine, es en ese sentido, expresión de autodeterminación.

La apelación a las normas de *ius cogens* como categoría del Derecho internacional clásico representa esa disputa por el contenido, con la convicción de han sido justamente las luchas de los pueblos por sus derechos que las fueron dotando de contenido, más aún, de existencia a dichas categorías de protección.

Cabe preguntarse al servicio de qué o quiénes deben estar la conformación, existencia y desarrollo de éste tipo de normas internacionales. Las categorías jurídicas que no sirven al fortalecimiento del fin protectorio del DIDH, se vacían de su contenido y no acumulan a la institucionalización de derechos humanos repercutiendo en la imposibilidad de sostener formas de ejercicio de poder de los Pueblos Indígenas en la defensa de sus planes de vida digna frente a la imposición hegemónica de únicas formas de desarrollo.

La forma de presentación en esta tesis de esa disputa de contenido, lo fue a través de una metodología descriptiva con el fin de sistematizar la PCI, al menos parcialmente, por lo que se observó en el Capítulo III que a través de la exposición de algunos de los diferentes componentes del Derecho a la propiedad comunitaria indígena, de forma que es posible determinar que su funcionamiento se vincula acabadamente con el funcionamiento de una norma de *ius cogens* internacional.

El Derecho al reconocimiento jurídico de la PCI, como componente de la PCI, es el que a la luz de la obligación de garantía demuestra con mayor exactitud el funcionamiento de la norma imperativa internacional.

Podría válidamente el lector preguntarse porque razón se utiliza una categoría del derecho internacional público clásico para sostener un argumento de mayor protección en favor de un grupo social que pocas veces había sido subjetivado por ese saber. A los fines de un abordaje conclusivo de ello, desagregaré la respuesta.

En primer lugar, se ha revisado, principalmente en el capítulo II que los Pueblos Indígenas han sido primeramente tratados como objeto de tutela o como objeto de misión religiosa, el paso a su concepción como sujeto de derechos, desde el derecho internacional de los derechos humanos vino dado tiempo después por vía convencional y haciendo una referencia explícita a la autodeterminación en el C169OIT.

En segundo lugar, se vincula a la posición que ocupa en el escenario internacional el nuevo consenso en el DIDH de los Pueblos Indígenas en la UNDRIP, que desde una estricta dogmática no se identifica a priori, con ninguna de las fuentes “clásicas” del derecho internacional, esto es las fuentes del art. 38 del Estatuto de la CIJ. Es por la naturaleza de su creación una resolución de la Asamblea General de la ONU, pero conforme se ha demostrado en la presente configura un tipo especial de norma

internacional al menos en referencia al derecho a la PCI y su reconocimiento jurídico que califica y condiciona las obligaciones del Estado como norma imperativa.

En tercer lugar, el recurso a la norma imperativa como argumento es un recurso de posición jurídico político para los Pueblos Indígenas. Éste si se quiere es un análisis desde abajo respecto de las consecuencias que trae disputar el contenido de una norma de DIDH. Tener por norma de *ius cogens* a la PCI no hace más que colocar a las comunidades indígenas dentro de una posición de poder jurídico, que obviamente, se traduce en un poder político concreto. Es allí donde el mecanismo de argumentación jurídica se pone al servicio de la vivencia de los derechos humanos, y se traduce efectivamente en un recurso válidamente utilizable desde los Pueblos Indígenas.

Se concluye además en la importancia de considerar el empoderamiento por remisión, como una forma de referencia y legitimización política por el que el DIDH deriva a las normas consuetudinarias indígenas la especificación del derecho sustantivo. El DIDH no debe definir qué es la PCI, sino que debe establecer la obligación para los Estados de reconocerle al derecho consuetudinario indígena la capacidad de establecer el mismo. Lo que he llamado empoderamiento por remisión debería de funcionar entonces como una herramienta jurídica que derive al derecho consuetudinario indígena de cada comunidad a la forma de vivenciar el derecho y en definitiva la tarea de darle sustancia. Tarea indisoluble de la autodeterminación indígena.

Así las cosas, la PCI se presenta desde abajo como la base de apoyatura de otros derechos humanos de los Pueblos Indígenas y su concepción como norma inderogable pretende condicionar la maquinaria estatal al tiempo de su diseño e implementación del derecho para fortalecer la posición de igualdad de un grupo históricamente sometido.

En este sentido, es claro que el estándar internacional de la PCI, se traduce en tantas obligaciones para los Estados, y especialmente para Argentina por el reconocimiento constitucional de la PCI (art. 75 inc. 17 CN), que aún para el caso que se discuta la condición imperativa del estándar es absolutamente innegable la condición de un estándar internacional alto respecto de los Estados y en relación con la obligación de garantizar el derecho a la PCI.

Coincidentemente con la obligación de garantía de los derechos, y los diferentes componentes de la PCI analizados en el capítulo III, es posible concluir que la PCI y al

menos su componente de reconocimiento jurídico, se encuentran dentro del concierto de normas de imperativas y que el desconocimiento por el Estado de la PCI implica una posición de responsabilidad internacional por violación de normas imperativas del DIDH.

Ha quedado demostrado que la PCI posee base en normas que han sido consideradas normas de *ius cogens* como la prohibición de discriminación, la igualdad ante la ley y el derecho a la vida digna.

El desconocimiento por parte del Estado plantea quizás, el supuesto que con más claridad expone lo que se concluye aquí. Surgió en la redacción del capítulo IV una pregunta central de argumentación respecto a la posibilidad de negar a los pueblos andinos la pertenencia a los Andes o a los chaqueños la posibilidad de la vinculación con el monte nativo y la respuesta es contundente allí y aquí: negar la territorialidad de un pueblo indígena implica negar aspectos de su identidad y de vida digna. Esto es así dado que el derecho al reconocimiento jurídico de la PCI proyecta su incidencia en el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, e implica en alguna medida una afirmación al derecho de reconocimiento de la existencia de los Pueblos Indígenas.

La triada identidad, territorialidad y vida digna, implican como anticipara el soporte argumental de la conclusión principal de esta tesis. Se ha demostrado en el desempaque de la PCI que todos los fallos del SIDH, el texto del C169OIT y la UNDRIP establecen en sus ejercicios de ponderación o de determinación de derechos la inderrotabilidad de la norma de la PCI. Es decir que no hay un solo fallo del SIDH que haya declarado compatible con la CADH y los instrumentos convencionales regionales, un acto del Estado que desconozca la PCI y la obligación de garantizarla.

En este sentido, se concluye en la inderogabilidad de la norma de la PCI dado que constituye una condición de existencia de los Pueblos Indígenas, y el desconocimiento que se realice a las formas de este particular derecho genera una violación a la prohibición de discriminación racial.

Finalmente, la triada que sostiene la imperatividad de la PCI, y el propio derecho a la PCI son en definitiva manifestaciones de la matriz imperativa consolidada e históricamente aceptada por toda la comunidad internacional como norma de *ius cogens*: el principio de prohibición de discriminación racial.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO-GALVIS, R. (2011) "Introducción al estudio de las normas de "ius cogens" en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI", *Vniverstitas*, no. 123, pp. 75-104.
- ABRAMOVICH V. Y COURTIS, C. (2000) "Hacia la Exigibilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales.", en Carbonell, M., Cruz Parceró, J.A.yVazquez, R. *Derechos Sociales y Derechos de las minorías*, México: Porrúa.
- _____. (2004) *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.
- ACNUDH (2012) *Tierras y Derechos Humanos. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, [En línea], Disponible en: http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/tierras_y_derechos_humanosVI_L.pdf [15 Apr 2014].
- ACOSTA LÓPEZ, J. Y DUQUE VALLEJO, A. (2008) "Declaración Universal de Derechos Humanos: ¿Norma de Ius Cogens?", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 12, pp. 13-34.
- ÅHRÉN, M. (2010) "Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas", en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.
- ALTERINI, J.H., CORNA, P.M. Y VÁZQUEZ, G.A. (2005) *Propiedad Indígena*, 1st edition, Buenos Aires: Educa.
- ANAYA, J. (2005) *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, 2nd edition, España: Trotta.

_____. (2007) *Porqué no debería de existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, [En línea], Disponible en: www.undg.org/docs/9511/01.-James-Anaya.doc [2 Diciembre 2013].

_____. (2010) “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.

_____. (2013) *La situación de los pueblos indígenas en Argentina. A/HRC/21/47.Add2sp*, Ginebra: ONU.

ASBJØRN, E. (2010) “Los Pueblos indígenas, el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas y la adopción de la declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas”, en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.

BAYER, O. (2006) “Los indios extranjeros del general Harguindeguy”, *Página 12*, 12 agosto, pp. [On Line] <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-71295-2006-08-12.html>, Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-71295-2006-08-12.html>.

_____. (2010) *Awka Liwen - Rebelde amanecer*, Buenos Aires: INCAA.

BENEDETTI, M.A. (2012) “Fuerza Normativa de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Su efectiva internacionalización en Argentina”, en *Derecho Constitucional Indígena: Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico*, Resistencia: Contexto.

BERRAONDO, M. (2013) *Territorios Indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho*, Madrid: IPES-CEJIS-GTIA.

- BIDART CAMPOS, G. (1998) *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires: Ediar.
- BRAVO, P. (2012) “Identidad, Propiedad y Derecho Constitucional”, en *Derecho Constitucional Indígena: Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico*, Resistencia: ConTexto.
- BRONSTEIN, A.C. (1999) *Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos indígenas en América Latina: Síntesis de una Evolución y temas para la Reflexión*, [En línea], Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/bronste.htm>.
- BURGER, J. Y CASTRO, D.M. (2006) “Pueblos Indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias”, en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, San Sebastián: Universidad de Deusto.
- CANÇADO TRINDADE, A. (2008) *La Ampliación del contenido material del Ius Cogens*, Nueva York: OEA.
- _____. (2009) *El derecho internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Brasilia: Universidad de Juridica de Brasilia.
- CERD (2000) *Recopilación de las Recomendaciones Generales y Decisiones de Interés General Adoptadas por El Comité para la Eliminación Racial*, New York: ONU.
- CHIACCHIERA CASTRO, P.R. (2009) *La Cuestión Indígena - Análisis de la Jurisprudencia de la C.S.J.N.*, 1st edition, Córdoba: Advocatus.
- CIDH (1997) *Proyecto De Declaración Americana Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas*, Washington: OEA.
- _____. (2009) *Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema*

Interamericano de Derechos Humanos, Washington: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

CIJ (1970) *Caso Relativo A La Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, La Haya: ONU.

CLAVERO, B. (2010) “Supremacismo Cultural, constituciones de estado y declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.

COMITÉ DE DDHH (2001) *Observación General N°29*, Ginebra: ONU.

CONSEJO DE DDHH (2007) *Los derechos humanos y los pueblos indígenas: mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/RES/6/12*, Ginebra: ONU.

CONSTITUCIÓN DE CHACO (1994) *Constitución de la Provincia de Chaco*, Resistencia: PEJCh.

CONSTITUCIÓN NACIONAL (1994) *Constitución de la Nación Argentina*, Paraná: PEJN.

CORTE IDH (1999) *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (1999) *Opinión Consultiva N° 16/99*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2001) *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2003) *Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición Jurídica y derecho de los migrantes indocumentados”*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2005) *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2005) *Caso del Pueblo Kiwcha de Sarayaku vs. Ecuador - Medidas Provisionales*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2006) *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2007) *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2010) *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, San José de Costa Rica: OEA.

_____. (2012) *Caso de la Comunidad Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, San José de Costa Rica: OEA.

CSJN (2002) *Recurso de Hecho deducido por la Comunidad Indígena del pueblo Wichí Hoktek t'oi en la causa Comunidad Indígena Pueblo Wichí Hoktek T'oi c/ Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta*, Buenos Aires: CSJN.

DAES, E.-I. (2001) *Las Poblaciones indígenas y su relación la tierra. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2001/21*, Nueva York: ONU.

_____. (2010) “La Contribución del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas a la génesis y evolución de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas”, en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.

DAMATO, A. (1991) “It`s a Bird, It`s a Plane, It`s a Jus Cogens!”, *Connecticut Journal of International Law*.

- DIETERICH, H. (2011) *Nueva guía para la investigación científica*, México: Orfila.
- DIEZ DE VELASCO, M. (2003) *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, (1982) *E-Res-1982/34*, Nueva York: ONU.
- FERRAJOLI, L. (2010) “El Principio de Igualdad y la Diferencia de Género”, en CRUZ PARCERO, J.A. Y VÁZQUEZ, RODOLFO *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*, México: Fontamara.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2011) “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, IIJ-UNAM.
- FERRER MAC-GREGOR, E. Y PELAYO MOLLER, C. (2012) “La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana”, *Estudios constitucionales* , vol. 10, no. 2, pp. pp. 141-192.
- FILIPPI, A. (2009) “La construcción histórica y pluriétnica de los derechos de los pueblos indígenas a los mestizajes de origen ibérico y africano”, en *I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Reflexiones y debates sobre Justicia, Territorio y Recursos Naturales.*, Buenos Aires: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Ministerio público de la defensa y AADI.
- FISS, O. (1999) *Grupos y la Cláusula de la Igual Protección*, Barcelona: Gedisa.
- _____. (2002) *Una Comunidad de Iguales*, Buenos Aires: Fontamara.

- GARCIA LEMA, A.M. (2012) “Pueblos Indígenas Argentinos. Significado constitucional de la preexistencia étnica y cultural”, en *Derecho Constitucional Indígena: Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico*, Resistencia: ConTexto.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003) *El Ius Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico*, 2nd edición, México: IIJ-UNAM.
- GOMIZ, M.M. Y SALGADO, J.M. (2010) *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: Su Aplicación en el derecho interno argentino.*, 2nd edición, Neuquén: ODHPI.
- HENRIKSEN, J. (2010) “La Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas: Algunos temas y acontecimientos clave en el proceso.”, en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.
- HUALPA, E. Y RAMIREZ, S. (2013) “Cuando los derechos indígenas pueden más que los obstáculos procesales”, *La Ley - litoral*, vol. Mayo, p. 367 y ss.
- HUNT, P. (2005) *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del m:s alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt. E/CN.4/2005/51* , Nueva York: ONU.
- IMADR (2011) *La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación y Su Comité*, Ginebra: IMADR.
- JMEFVI (2013) *Sentencia Civil. Epifanio Leiva s/ Amparo. Juzgado del Menor de Edad y la Familia de la VI Circunscripción Judicial de la Provincia de Chaco*, Castelli: Poder Judicial.
- MACKAY, F. (2007) *Los derechos de los pueblos indígenas y el comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la Discriminación Racial*, Nueva York: Forest Peoples Programme.

- MARTINEZ COBO, J. (1986) *Estudio del Problema de la Discriminación contra las poblaciones indígenas. E/CN.4/Sub.2/476*, Nueva York: ONU.
- MAURERIA SANTIS, N. (2010) *Las Normas de Ius Cogens*, [En línea], Disponible en: http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Ninoska-Maureira_1252889224.pdf [21 May 2014].
- MEDHPI (2012) *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas. A/HRC/EMRIP/2013/3*, Ginebra: ONU.
- NIETO NAVIA, R. (2003) *International Peremptory Norms (Jus Cogens) And Internacional Humanitarian Law. Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Judge Antonio Cassese*, [En línea], Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>.
- OEA (1969) *Convencion Americana Sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica: OEA.
- _____. (1989) *AG/RES. 1022 (XIX-O/89) Informes de la Comisión Interamericana*, Washington: OEA.
- _____. (1990) *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, [En línea], Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>.
- OIT (1953) *Poblaciones Indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes*, Ginebra: OIT.
- _____. (1989) *Convenio N°169 - Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*, [En línea], Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0:NO:P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,es:NO [01 Julio 2013].

- _____. (2009) *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, [En línea], Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [22 marzo 2014].
- _____. (2013) *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*, Ginebra: OIT.
- _____. (2013) *Information System on International Labour Standards: Listado de Instrumentos por Tema y Estatus*, [En línea], Disponible en: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12030:0:NO>: [10 Dec 2013].
- OLLARVES IRAZABAL, J. (2007) *El derecho Internacional de los Derechos Humanos como normas de ius cogens*, Caracas: CEDH - Universidad Central de Venezuela.
- ONU (1969) *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena: ONU.
- _____. (2007) *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Nueva York: A/RES/61/295.
- ORAKHELASHVILI, A. (2006) *Peremptory norms in international law*, Oxford: Oxford University Press.
- PASTOR RUIDREJO, J.A. (1972) *La determinación del Contenido del "Ius Cogens"*, [En línea], Disponible en: http://www.ihladi.org/resoluciones_IX.pdf [01 Mar 2014].
- _____. (2008) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Civitas.
- PINTO, M. (2007) “El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos.”, en Abregú , M. y Courtis, C.

La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: Editores del Puerto.

PISARELLO, G. (2009) “Los derechos y sus garantías: Notas para una mirada “desde abajo””, en *Desde otra mirada*, Buenos Aires: Eudeba.

QUINTANA, A. (2008) “Planteamiento del Problema de Investigación: Errores de la Lectura superficial de Libros de Texto de Metodología”, *Revista de investigación en Psicología*, vol. 11, no. 1, pp. 239-253.

QUISPE REMÓN, F. (2010) “Ius Cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho. Universidad del Norte.*, no. 34, pp. 42-78.

RAJAGOPAL, B. (2005) *El Derecho Internacional Desde Abajo. ILSA*, [En línea], Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/node/97> [12 Jun 2014].

ROMERO CEBADA, (2002) “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, no. 4, pp. 1-14.

SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (2004) “El derecho a la Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México: Fontamara.

SABA, R. (2008) “(Des) Igualdad Estructural”, en Alegre, M. y Gargarella, R. *El Derecho a la Igualdad*, Buenos Aires: LexisNexis.

_____. (2008b) “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿qué es lo Sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, R. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional - TII*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SALGADO, M. (2012) “El rol del Derecho internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Nacional”, en

Derecho Constitucional Indígena: Argentina, Estado Pluricultural y Multiétnico, Resistencia: ConTexto.

SERRANO, S. Y VAZQUEZ, L.D. (2014) *Los Derechos en Acción. Obligaciones y Principios de los derechos humanos*, Primera edición, México: Flacso.

SORENSEN, M. (2002) *Manual de Derecho Internacional Público*, México: Fondo de Cultura Económica.

SOUSA SANTOS, B. (2003) *La caída del Ángel Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política.* , Bogotá: ILSA.

STAVENHAGEN, R. (1992) “Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, no. 43, pp. 83-99.

_____. (2008) *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas*, México: UNESCO.

_____. (2010) “Cómo hacer para que la declaración sea efectiva”, en *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague: IWGIA.

UPRINMY, R. (2005) *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, [En línea], Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72 [18 Jan 2014].

_____. (2008) *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*, Colombia: Consejo de la Judicatura.

VÁZQUEZ, G.A. (2009) “La Propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas de Derecho Civil”, *Jurisprudencia Argentina*.

_____. (2012) “Propiedad comunitaria indígena: retrocesos del Proyecto de 2012”, *La Ley*, Jul.

VEGA, A. (2012) *Semanario Hispánico*, [En línea], Disponible en: <http://www.semanariohispanico.com/2012/02/domingo-faustino-sarmiento-con-la.html> [21 Dec 2013].

YRIGOYEN FAJARDO, R. (2011) "El Derecho a la Libre Determinación del Desarrollo, la Participación, la Consulta y el Consentimiento", en *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio: Conflictos y desafíos en América Latina*, Lima: Icaria.