



LOS PUEBLOS INDÍGENAS ARGENTINOS COMO PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS PRE-ESTATALES¹

La actual regulación en el derecho civil y comercial argentino y la necesidad de una mirada desde el pluralismo jurídico

THE ARGENTINE INDIGENOUS PEOPLES AS PRE-STATE PUBLIC LEGAL PERSONS

The current regulation in argentine civil and commercial law and the need for a look from legal pluralism

Pablo Octavio Cabral²

Resumen: En el marco de continuidad de la actitud violatoria de derechos fundamentales a los integrantes de pueblos originarios en la República Argentina, el texto aborda críticamente el carácter de persona jurídica de las comunidades aborígenes regulado legislativamente. Así, repasa el modo en que por el Código Civil y Comercial finalmente se apartó del texto proyectado que, incorporaba a estos grupos sociales dentro de las personas jurídicas privadas. Si bien el Código Civil y Comercial no repectó la postura de máxima de las comunidades originarias (incorporarlas entre las personas públicas no estatales), si se las eliminó del listado de las personas privadas. La intuición y propuesta del presente trabajo sostiene que las comunidades indígenas deben ser reconocidas expresamente como personas jurídicas públicas preestatales, abriendo este status la posibilidad de un ámbito propicio para el pluralismo jurídico en Argentina.

Palabras clave: Pueblos indígenas, Código Civil y Comercial, pluralismo jurídico, personas jurídicas, Argentina.

Abstract: Within the framework of the continuity of the attitude of violation of fundamental rights to the members of indigenous peoples in the Argentine Republic, the text critically addresses the character of a legal entity of the legislatively regulated aboriginal communities. Thus, I will

1 Artículo recibido: 13 de enero de 2019; artículo aprobado: 14 de mayo de 2019.

2 Docente de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Correo-e: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar



review the way in which the Civil and Commercial Code finally departed from the projected text that incorporated these social groups into private legal persons. Although the Civil and Commercial Code did not accept the position of maximum of the original communities (incorporate them among non-state public persons), they were removed from the list of private persons. The intuition and proposal of the present work argues that indigenous communities must be expressly recognized as prestate public legal persons, opening this status to the possibility of an environment conducive to legal pluralism in Argentina.

Keywords: Indigenous peoples, Civil and Commercial Code, legal pluralism, legal persons, Argentina.

La existencia de los pueblos originarios viene desde tiempos inmemoriales. Somos partes de una forma de pensamiento y organización, una forma de ver el mundo distinta a la del resto de la sociedad argentina. Creemos que estos conceptos generales hacen una clara diferencia de la diversidad cultural que la Argentina tiene...Estamos acá. Estamos vivos. Somos actores actuales. No somos cosa del pasado. Nos organizamos y nos desarrollamos como tal...Durante muchos momentos de la historia argentina, hubo terceros: organizaciones u ONGs que hablaron por nosotros. Hoy nosotros somos la realidad. Nuestros hermanos están acá. Somos la realidad de esta Argentina plurinacional que existe para su interior...³

1. Introducción

Motiva el presente trabajo la reciente publicación de las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina –de fecha 12 de octubre de 2018– emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que volvió a pronunciarse sobre la situación de violación de los derechos reconocidos en el PIDESC por parte del Estado Argentino a personas integrantes de comunidades originarias.

En este marco de continuidad de la actitud violatoria de derechos fundamentales a los integrantes de pueblos originarios, abordaré críticamente el carácter de persona jurídica de las comunidades aborígenes en la Argentina regulado legislativamente. Así, repasaré el modo en que por el Código Civil y Comercial finalmente se apartó del texto proyectado que, incorporaba a estos grupos sociales dentro de las personas jurídicas privadas.

3 Exposición de Arturo Duarte –Asociación Comunal del Pueblo Guaraní de Misiones– en la Ponencia de Daniel Ayuch presentada ante la Comisión Bicameral para la Reforma del Código Civil y Comercial.



Si bien el Código Civil y Comercial no receptó la postura de máxima de las comunidades originarias (incorporarlas entre las personas públicas no estatales), si se las eliminó del listado de las personas privadas. Es entonces una experiencia exitosa -muy rescatable desde sus objetivos y en este caso también por sus resultados parciales- la desarrollada en todo el país en las sucesivas audiencias organizadas por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Intentaré realizar una comparación histórica con el reconocimiento del carácter de persona pública no estatal que desde los orígenes de nuestro país se le ha reconocido a la Iglesia Católica, frente al ocultamiento que han sufrido los pueblos originarios.

Como explica Boaventura de Sousa Santos, “los pueblos indígenas son pueblos y naciones originales históricamente, sus derechos tienen una precedencia histórica y, por esa razón, los derechos colectivos que les deben ser otorgados, sino más bien como derechos que siempre habían disfrutado antes de que les fueran arrebatados por los conquistadores, colonos, misioneros o comerciantes provenientes de lugares distantes”.⁴ Si bien se realizará un estudio normativo y doctrinario, centraré el trabajo en el análisis de las cerca de cuarenta ponencias efectuadas por representantes de organismos territoriales indígenas, comunidad y pueblos originarios, en el marco de las audiencias llevadas a cabo por la Comisión Bicameral para la reforma del Código Civil y Comercial argentino.

Adelanto aquí –como intuición y propuesta– que las comunidades indígenas deben ser reconocidas expresamente como *personas jurídicas públicas preestatales*, abriendo este status la posibilidad de un ámbito propicio para el pluralismo jurídico en nuestra nación.

La centralidad de lo propuesto se halla en el reconocimiento del carácter público de la regulación de las comunidades originarias y pueblos indígenas, en línea con la postura mayoritaria de las ponencias en análisis que proponen se los considere como personas jurídicas públicas, suplantando la caracterización negativa respecto de su falta de estatalidad (no estatales) por un término que dé cuenta de su origen anterior al nacimiento del Estado nacional y los Estados provinciales (preestatales).

Este reconocimiento de una personalidad jurídica propia de derecho público a los pueblos indígenas, entiendo, se apartaría del paradigma liberal pues el Estado ya no estaría reconociendo derechos a una serie de individuos o personas, sino que estaría positivizando derechos colectivos de grupos no estatales. Reconocer jurídicamente en el ordenamiento normativo nacional que las comunidades indígenas –en tanto sujetos

4 Boaventura de Sousa, Santos, “Sufrimientos antiguos y nuevas solidaridades: el derecho de los pueblos indígenas”, en Sousa Santos, B., *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, Bogotá, 2002, pp.149-175.



colectivos de derechos reconocidos constitucionalmente— son personas jurídicas públicas pre estatales, permite concebir a los derechos étnicos como derechos de pueblos y colectividades, protegiendo adecuadamente a las personas que los integran.⁵

2. El derecho como ciencia social y herramienta de transformación

En este punto previo al ingreso del tema de estudio, expondré mi visión sobre el derecho, ya que si bien haré hincapié en el contexto histórico y socio económico (fundamental para abordar la problemática de los pueblos indígenas argentinos), este sector de la realidad se encuentra también afectado por el ordenamiento jurídico.

Considero que el Derecho, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación de fuerzas (análisis externo) y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros (análisis interno). El conjunto de reglas jurídicas obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema económico, institucional, político y cultural, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. La conformación económica, política y social de la comunidad señala las ideas directrices y lineamientos de la organización estatal, operando el derecho como apoyo formal de esas ideas y cumpliendo la función de obtener la observancia de las normas que permitan hacerlas realidad. La concepción de lo que debe ser el gobierno, estructura y disposición interna de la sociedad y sus miembros se decide en el espacio socio político y no dentro del ámbito del derecho. En este sentido afirmo Eduardo Novoa Monreal: “No hay en el Derecho principios de fondo preestablecidos. Se opera en él considerando las posibilidades que admite el ambiente social siempre cambiante y utilizando habilidad para lograr la mayor eficacia de las normas con el mínimo de esfuerzo de los mecanismos sociales disponibles. Los criterios prácticos son decisivos en él.”⁶

El análisis de la naturaleza de la personalidad jurídica reconocida a los pueblos originarios no puede abordarse únicamente desde el aspecto jurídico formal, prescindiendo de su historia, de las ideas políticas y de la realidad económica que influyen en la conformación de las normas e instituciones aplicables, y afirmando la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación al mundo social. Una explicación del derecho que prescinda de tales antecedentes históricos, doctrinas políticas y económicas, los que

5 “Las reivindicaciones jurídicas y políticas de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas, en general, han estado en el centro del debate sobre los derechos humanos individuales y colectivos. De acuerdo al paradigma político liberal, los derechos son prerrogativas de los individuos y sólo de los individuos” (*Ibidem*, p. 157).

6 Novoa, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XX, 1999, p. 85.



al incorporarse en una sociedad determinada inspiran y modelan su derecho, quedaría incompleta desde un punto de vista vital, porque aparecería como un conjunto sistematizado de normas vacías, aptas para cualquier solución posible. No obstante, el derecho tiene un funcionamiento interno propio que se interrelaciona con los antecedentes históricos y el contexto económico-social e influye, a su vez, sobre las ideas políticas y económicas que se tienen sobre la organización de la sociedad.

Explica Pierre Bourdieu que el “derecho es la forma por excelencia del discurso activo, capaz, por su propia virtud, de producir efectos. No es exagerado decir que el derecho hace el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo”⁷. Siguiendo a este sociólogo abordaré la investigación estudiando ambos aspectos de la realidad, por un lado, el sistema jurídico, con sus normas, doctrinas, jurisprudencia y teorías (punto de vista interno) y por el otro los factores políticos, ideológicos, sociales y económicos que influyeron y fueron influidos por el derecho (punto de vista externo). Afirmo Bourdieu que:

Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: por una parte por las relaciones de fuerza específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de concurrencia o, más precisamente, los conflictos de competencia que tienen lugar en el derecho y, por otra parte, por la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de lo posible y, por consiguiente, el universo de soluciones propiamente jurídicas (...) La autonomización (del derecho) pasa, no por un reforzamiento del cierre sobre sí mismo de un cuerpo consagrado a la lectura interna de textos sagrados, sino por una intensificación de la confrontación de los textos y los procedimientos con las realidades sociales consideradas para expresarlas y regularlas⁸.

Esto nos llevará a realizar la investigación recurriendo a un abordaje interdisciplinario del objeto de estudio para entender cómo funcionan y se relacionan el ordenamiento jurídico y la estructura económico-social en el contexto del proceso histórico provincial, nacional y regional.

Esta visión del derecho y de su vinculación con el contexto histórico y socio económico se puede compatibilizar con un enfoque crítico respecto del abordaje analítico de las ciencias sociales y su método, ya que al abordar el fenómeno objeto de estudio se tienen en cuenta factores como la ideología, las fuerzas sociales, las presiones comunitarias o políticas, además de las motivaciones en sentido ideológico, en vinculación directa con la defensa de intereses sociales y posiciones políticas concretas.

⁷ Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Bilbao, Desclée, 2001, p.202.

⁸ *Ibidem*, p. 168 y ss.



3. Regulación constitucional de los Pueblos Indígenas Argentinos

3.1. Constitución Nacional de 1853

La Constitución de 1853, en su artículo 67, inc.15, dispuso que corresponde al congreso de la Nación “Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias. Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Más allá de la caridad cristiana con la que el constituyente hizo referencia a “los indios” en tiempos en que nuestro país se debatía entre la civilización y la barbarie⁹, resulta claro que el indio es el otro, el distinto, el bárbaro, el incivilizado, el que está más allá de la frontera o en ella, o de este lado de ella y en este último caso la oligarquía terrateniente argentina tenía un problema. De una lectura contextual e histórica este inciso del artículo dedicado a las atribuciones del Congreso de la Nación debe leerse de la siguiente forma; si eres indio y estás dentro de nuestro territorio, conviértete al catolicismo, civilízate, despójate de tus propiedades, tradiciones, costumbre y creencias, de lo contrario nuestro trato no será pacífico. Así, el artículo 67 inciso 15 de la Constitución Nacional fue interpretado y aplicado por Avellaneda, Adolfo Alsina, Fontana, Julio Argentino Roca, quienes diezmaron a fuerza de intervención de ejércitos a las poblaciones aborígenes al sur de la Ciudad de Buenos Aires y en la provincia del Chaco. El propio Roca había definido con sus palabras la relación de fuerzas:

Tenemos seis mil soldados armados con los últimos inventos modernos de la guerra, para oponerlos a dos mil indios que no tienen otra defensa que la dispersión ni otras armas que la lanza primitiva (...) Sellaremos con sangre y fundiremos con el sable, de una vez y para siempre, esta nacionalidad argentina, que tiene que formarse, como las pirámides de Egipto, y el poder de los imperios, a costa de sangre y el sudor de muchas generaciones.

La continuidad histórica de la eliminación-exclusión-inclusión de los pueblos originarios en nuestro país recorrió –como lo explican Gastón Gordillo y Silvia Hirsch¹⁰– desde el asalto final al desierto, pasando por la formación de sujetos civi-

9 El ideólogo de esta contraposición no es otro que Domingo Faustino Sarmiento en su obra “Facundo. Civilización y Barbarie”, Buenos Aires, Hyspamérica-Ega, 1982.

10 Gordillo, Gastón y Hirsch, Silvia, “La presencia ausente: invisibilizaciones, políticas estatales y emergencias indígenas en la Argentina”, en Material del Seminario Protección de Pueblos



lizados (1900/1930), la expansión inclusiva de la argentinidad durante el peronismo (1946/1955), la reformulación modernista de lo indígena (1955/1966), la politización y la represión (1966/1983), hasta llegar en 1994 al fin del no reconocimiento y en la actualidad a la conformación de un bloque constitucional de protección que se encuentra en pleno desarrollo.

3.2. Constitución Nacional de 1994

La Carta Magna reformada en el año 1994, en su artículo 75, inciso 17 dispuso que corresponde al Congreso de la Nación: “**Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.** Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; **reconocer la personería jurídica de sus comunidades**, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”. En este trabajo me interesa abordar en forma vinculada el reconocimiento, tanto de la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos como de la personería jurídica de sus comunidades.

En este sentido entiendo pertinente traer aquí las palabras pronunciadas por el convencional Rodolfo Díaz, quien dejara en claro que a partir de la reforma constitucional los pueblos indígenas pasaban a ser sujetos colectivos de derecho. En la Asamblea Constituyente de Santa Fe dijo; “desde este punto de vista, esta es la primera precisión que considero fundamental hacer: con la reforma del inc. 15 del art3 67, la Constitución Argentina está normando el reconocimiento de una realidad colectiva que son los pueblos indígenas, dentro de los cuales viven ciudadanos argentinos que tienen sus derechos individualmente reconocidos por la Constitución. Aquí, lo que estamos haciendo, es generar un nuevo reconocimiento, que es el pueblo indígena como comunidad colectiva, inescindiblemente constitutiva de la Nación”.¹¹

Hay doctrinarios como Miguel Ángel Ekmekdjian que han realizado una crítica de la primera frase de la nueva cláusula por entender que es superflua, no operativa, no corresponde a las atribuciones de un órgano legislativo y pone en riesgo la soberanía

Indígenas de la Maestría de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Miguel Ángel Benedetti, edición 2012.

11 Comisión de Redacción de la Asamblea Constituyente de Santa Fe (versiones taquigráficas, ps. 4200/4201), cit. por Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, p. 297.



del Estado nacional.¹² Así este autor afirmó que “el reconocimiento de la preexistencia de cualquier grupo étnico, que vaya más allá de lo declarativo, afecta las bases fundamentales del Estado argentino; porque desnaturaliza la unidad nacional mencionada en el preámbulo. El pluralismo, necesario en un sistema republicano y democrático, no puede llegar al extremo de la disgregación o el desmembramiento del Estado”.

Respecto de la personería jurídica Ekmekdjian entiende que de la nueva carta magna no surge que se les deba reconocer el carácter de personas jurídicas públicas a las comunidades indígenas, ya que “la mera referencia a la personería jurídica, sin aditamento alguno, no define su carácter público o privado”.

Como iremos viendo a lo largo de este trabajo, no comparto esta interpretación constitucional, adhiriendo a las posturas de otros autores como Gonzalo y Juan F. Linares, quienes opinan que el artículo otorga a las comunidades indígenas personería de derecho público, ya que la Constitución les reconoce expresamente personería jurídica, lo que no sucede ni con los sindicatos ni con la Iglesia Católica.

También similar visión tienen Felix Loñ y Augusto Morello, para quienes “esas tribus o expresiones comunitarias indígenas, al presente cuentan con personería jurídica, propia, plena, que les acuerda fluida competencia y propia legitimación y definida posición que no es susceptible de omitirse o deformar, limitándola”¹³. Según Juan Vicente Sola este reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos originarios tiene su fundamento “en el otorgamiento de un status especial a grupos como los indígenas que fueron, en general, marginados de la participación social y de la atención del Estado, como consecuencia de la imposición histórica de formas de organización occidentales, que no tuvieron en cuenta a los habitantes originarios de los territorios colonizados por los europeos, los que en muchos casos quedaron excluidos del beneficio de bienes para el desarrollo”.¹⁴

Otro tipo de objeción en la que quisiera detenerme es la efectuada por la profesora Silvina Ramírez quién puso en evidencia que la imposición constitucional de la personería jurídica a los pueblos indígenas –al tratarse de una institución del derecho positivo argentino- contradice el derecho de estas comunidades a regirse por su cultura, tradiciones, y ordenamiento jurídico propio. Así sobre la norma constitucional

12 “Este inc. 17, pese a sus loables intenciones, es otro ejemplo del “catálogo de ilusiones” que incluyó la reforma de 1994 en el texto constitucional. Esta cláusula, en principio, no es operativa. Si se pretendiera su operatividad total, ello sería seguramente fuente de serios conflictos, que se resolverían rechazando las pretensiones indígenas por falta de leyes reglamentarias, casi con seguridad” (Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*, Buenos Aires, Depalma, p. 531).

13 Loñ, Felix R. y Morello, Augustos M, *Lecturas de la Constitución*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.

14 Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II, op. cit.*, p. 297.



en análisis dijo “Este artículo presenta algunos aspectos cuestionables...al hacer mención de la personería jurídica de las comunidades les está imponiendo una determinada forma organizativa “occidental”, que no coincide con el respeto requerido a su propia cultura”. Propone entonces que se asimile a los pueblos indígenas a las jurisdicciones provinciales a partir de la preexistencia de estas comunidades. Dice Ramírez al respecto que “el contenido del art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional reformada en 1994, en su primer párrafo, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos...Si la Constitución califica de competencia originaria y exclusiva los asuntos en los que son parte los Estados provinciales, uno podría interpretar con sólidos fundamentos que la preexistencia de los pueblos originarios no tiene otro alcance que asimilarlos a los Estado provinciales. Así, afirmamos que, si los pueblos indígenas son preexistentes al Estado nacional y a los Estados provinciales, si también existe reconocimiento constitucional sobre la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, podemos considerar que éstos tienen las mismas prerrogativas que las provincias. Caso contrario, la preexistencia no tendría razón de ser, salvo que entendamos que el reconocimiento de los pueblos originarios es meramente formal, sin generar consecuencias prácticas que se traduzcan en una mejora en su calidad de vida”.

En mi opinión la propuesta de la profesora Ramírez de atribuir a las comunidades originarias las prerrogativas de las provincias es pasible del argumento utilizado por ella respecto de considerarlas personas jurídicas, es decir, el concepto de “Estado provincial” -así como el de sus *prerrogativas públicas*- es ajeno a la cultura aborígen y pertenece a la cultura jurídica occidental.

En realidad, Ramírez nos plantea una situación paradójica ya que cualquier reconocimiento que –desde el derecho occidental– se realice a los pueblos originarios traerá consigo una violación de esa autonomía que también otras disposiciones del derecho occidental le reconocen. Aún el propio inciso 17 del artículo 75, redactado en Santa Fe en idioma castellano por los representantes del pueblo, según las disposiciones de la constitución vigente, en forma alguna pertenece a la visión cultural de los pueblos originarios. Siguiendo el razonamiento de dicha autora se construye una muralla que divide ambos mundos de forma irremediable.

A mi entender, la nueva Constitución propone como una forma de solución a esta paradoja que bajo el concepto de persona jurídica se establezca un vínculo o puente entre los dos sistemas, una puerta que permita el ingreso de la cultura jurídica originaria en esta propuesta de convivencia entre los pueblos originarios y los descendientes de aquellos que bajaron de los barcos.



3.3. Normativa Internacional de protección de Derechos Humanos

3.3.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Luego de la Primera Guerra Mundial, a través del Tratado de Paz de Versailles, se puede considerar que nació el Derecho del Trabajo a nivel internacional y se establecieron las pautas de creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Organismo éste, que fue creado en 1919, con el propósito primordial de adoptar normas internacionales que abordaran el problema de las condiciones de trabajo que entrañaban “injusticia, miseria y privaciones”.¹⁵ La filosofía del nascente derecho laboral plasmada en el Tratado de Versailles es sintetizada por Miguel Ángel Sardegna al decir que; “Allí se acuerda y expresa que el trabajo debe dejar de ser considerado como una mercadería. No debe serlo. Se rompen así los esquemas clásicos y se destaca este nuevo Derecho distintivo de las clásicas ramas insertas en el Derecho Privado y en el Público.”¹⁶

A partir de la declaración de Filadelfia, realizada en el año 1944, la OIT extendió su labor al estudio de los aspectos socioeconómicos que repercuten en las condiciones de los trabajadores. En su Constitución amplió el mandato normativo de la organización para dar cabida a asuntos de carácter general relacionados con la política social y los derechos humanos y civiles. Esencialmente, las normas internacionales del trabajo traducen un acuerdo internacional tripartito sobre dichos asuntos.

Desde el año 1946 la OIT actúa como organización especializada de la ONU, y es el único resultado importante que aún perdura del Tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones. La OIT está compuesta por los Estados que la integran y sus órganos son; a) La Conferencia Internacional del Trabajo, b) El Consejo de Administración y c) La Oficina Internacional del Trabajo. La elaboración de normas internacionales del trabajo es un proceso legislativo único en su género en el que participan gobiernos y representantes de los empleadores y de los trabajadores de todas partes del mundo. Los Estados Miembros contraen la obligación de cumplir y respetar lo dispuesto por la Constitución de la OIT: informar, someter a los órganos legislativos los convenios y recomendaciones aprobados por la Conferencia, abonar la cuota anual, etc.¹⁷ Los Convenios son discutidos en la Conferencia por los representantes de los Estados que se integran con cuatro miembros, dos elegidos por el gobierno y dos a propuesta de las organizaciones de empleados y empleadores más representativas, que actúan con independencia de aquellos.

15 La página Web del organismo es www.ilo.org.

16 Sardegna, Miguel Angel y Slavin, Luis Pablo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1999, p. 156.

17 Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 254 y ss.



Estos Convenios deben ser aprobados por una mayoría calificada de dos tercios de los delegados presentes. Luego los Estados se encuentran obligados a incorporarlos a los ordenamientos jurídicos nacionales, en nuestro caso mediante la sanción de una ley por el Congreso de la Nación. Una vez ratificada la convención por uno o varios Estados, ésta entra en vigor en el o los países que la aprobaron, quedando obligados frente a la OIT a adoptar las medidas para que aquélla se haga efectiva a través de los procedimientos internos.¹⁸

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 1994, los convenios de la OIT aprobados por el Congreso Nacional tienen jerarquía superior a las leyes. El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que “corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. La misma norma en el último párrafo del inciso *ut supra* mencionado, prevé las formalidades para incorporar nuevos tratados, que se sumarían a los ya mencionados expresamente en la reforma, estipulando que “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”.

La primera regulación de la OIT respecto de la situación social de los pueblos indígenas fue la realizada al sancionar el Convenio 107 en el año 1957 que reconoció los derechos a la tierra, a las condiciones de trabajo, a la salud y a la educación. No obstante, el avance que esta normativa implicó, como dicen Tomei y Swepston, sus puntos débiles comenzaron a llamar la atención pública, como “el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales...que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían ser afectados por ellas”.¹⁹

Por ello en 1989, la OIT, luego de un proceso de revisión del Convenio 107, aprobó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas Tribales en Países Independiente, que se encuentra redactado como un tratado internacional, es un instrumento legal obligatorio para aquellos países que, como la Argentina, lo ratifican.²⁰ Argentina, por medio de la ley N° 24.071 aprobó dicho convenio, incorporándolo así a nuestro sistema

18 Fontana, Beatriz, “La negociación colectiva en el empleo público”, en *Derecho del Trabajo*, T° XLIX-B, p. 1109 y ss.

19 Tomei, Manuela y Swepston, Lee, *Pueblos indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Julio de 1996 (Material del Seminario citado).

20 *Ídem*.



jurídico nacional, siendo ratificada dicha convención el 3 de julio de 2000.²¹ En efecto, el artículo 8 del Convenio 169 dispuso que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

En su artículo 9, agrega que:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Explican Tomei y Swepston que este articulado dispone que “los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, inclusive los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que sean compatibles con el sistema nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los conflictos que puedan surgir de la aplicación de estas disposiciones deberán de resolverse por medio de procedimientos establecido ad hoc. También se le exige a los gobiernos que, al aplicar leyes y reglamentos nacionales e imponer las sanciones penales, tengan debidamente en cuenta las características sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas y tribales.”²²

3.3.2. Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas

El 13 de septiembre del año 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Pueblos Indígenas (UNDRIP), constituyéndose dicho do-

21 López Alfonsín, Marcelo Alberto, “Pueblos Originarios: La transformación de objetos a sujetos del derecho constitucional a partir de la reforma de 1994”, Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (Coords), *A una década de la reforma Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

22 Tomei, Manuela y Swepston, Lee, *Pueblos indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, op.cit.



cumento en el mayor reconocimiento de derechos del ámbito internacional a dichas comunidades. Mucho se ha discutido sobre los alcances y eficacia de la protección que tal declaración debe brindar, sobre sus límites y posibilidades, sobre su operatividad y su naturaleza vinculante, considerando –como lo sostienen Bartolomé Clavero²³ y Miguel Ángel Benedetti²⁴– que la UNDRIP tiene plena fuerza normativa aunque no sea un tratado, pacto o convención, por lo que los Estados –y en especial para nosotros la República Argentina– deben reconocer y respetar los derechos allí reconocidos a los pueblos originarios. En su artículo 34 la Declaración dispone sobre el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus costumbres incluyendo sistemas jurídicos propios:

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Como lo explica el documento “La UNDRIP —tema por tema—”²⁵ dentro de las temáticas incluidas en los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas se destacan aquellas vinculadas a la seguridad y el orden interno (sanción de infracciones, delitos, prevención), así como también aquellos acuerdos respecto del orden familiar, el uso individual y colectivo de las tierras, los servicios comunales, entre otras cuestiones, teniendo como límite el respeto a los derechos humanos en general. Por su parte la declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades. En su artículo 35 dice: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.” El referido artículo interpretativo de la UNDRIP dice: “Toda comunidad indígena provee a sus miembros derechos y obligaciones, y requiere prestaciones, denominadas cargos. Estos deberes de los miembros tienen que ver no sólo con el mantenimiento de los servicios cotidianos comunes (camino, desagües), sino también con sus responsabilidades políticas (de servicio comunal, de voto y par-

23 Clavero, Bartolomé, “Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo”, en Material del Seminario.

24 Benedetti, Miguel Ángel, “Fuerza Normativa de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Su efectiva internalización en Argentina)”, en Material del Seminario.

25 Documento agregado entre el Material del Seminario Protección de Pueblos Indígenas de la Maestría de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Miguel Ángel Benedetti, edición 2012.



ticipación en asambleas, etcétera) y de respeto al medio ambiente, a sus costumbres y sus prácticas”.

3.4. Nuevo bloque de constitucionalidad en materia de protección de los pueblos indígenas

Esta evolución histórico-constitucional desemboca en la actualidad en la construcción de un bloque jurídico de raigambre constitucional de protección de los pueblos indígenas, a partir del cual debe interpretarse los alcances del tipo de persona jurídica que el Estado debe reconocer a dichas comunidades. Este complejo corpus iuris, que como explica Benedetti se halla materializado en el art. 75 inc. 17 de la CN, en el Convenio 169 de la OIT y en la UNDRIP, y explica que “todas esas fuentes normativas son complementarias y constituyen —entre sí y frente al resto del ordenamiento jurídico argentino— un conjunto armonioso que también puede expresarse con la idea de bloque, lo cual impide que se trate de una mera sumatoria y yuxtaposición caótica de normas. El común denominador de esta múltiple fuente es la expresión de pueblos indígenas... y las consecuencias necesarias que ello implica, básicamente su derecho a la libre determinación”.

Adelantando mi provisoria opinión en la cuestión, el tipo de personalidad jurídica que se le reconozca a los pueblos indígenas argentinos debe reconocer su preexistencia étnica y cultural —es decir su existencia previa a la conquista española y a la conformación del Estado Argentino—, al mismo tiempo que posibilitar la promoción, desarrollo y mantenimiento de sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y costumbres o sistemas jurídicos.

4. Personas jurídicas de derecho privado y de derecho público, estatales y no estatales

Habiendo repasado la regulación constitucional sobre la cuestión indígena, en el presente ítem desarrollaré la legislación vinculada directamente al reconocimiento de las comunidades o pueblos originarios como personas jurídicas.

4.1. Código Civil argentino

Por persona jurídica se entiende aquellos entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones en el mundo de las relaciones jurídicas.

El texto original del Código Civil —redactado por Dalmacio Vélez Sarfield— no distinguía entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, receptando



la clasificación de Freitas que dividía las personas jurídicas según el modo de su existencia, en personas de existencia necesaria y personas de existencia posible. Las personas de existencias necesarias se regulan por el derecho público, y su existencia no depende, en consecuencia, de las normas del derecho privado.

Con la reforma del Código realizada por ley 17.711, se clasifica a las personas jurídicas en aquellas de carácter público o privado, siendo las primeras el Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; las entidades autárquicas y, por último, la Iglesia Católica.

El artículo 33 quedó entonces redactado de la siguiente forma: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1ro. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2do. Las entidades autárquicas; 3ro. La Iglesia Católica; Tienen carácter privado: 1ro. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2do. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.”

Esta redacción ha sido criticada por la doctrina civilista y administrativista, ya que al regular las personas jurídicas públicas da tratamiento promiscuo a aquellas que son personas estatales con aquellas que no lo son. Es decir, da tratamiento, junto con personas jurídicas estatales, a la Iglesia Católica, sin incorporar otras tantas personas jurídicas públicas no estatales cuya existencia abunda en nuestros ordenamientos jurídicos, tanto nacional como provinciales. En especial se omite reconocer aquí a los pueblos originarios como personas públicas no estatales.

Por lo tanto, puede señalarse -que en el actual código- como en el proyecto de reforma tiene un defecto grave, pues establece que “Tienen carácter público” 1) El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios 2) Las entidades autárquicas 3) La Iglesia Católica. Quedando mezcladas de esta forma las personas jurídicas de carácter público estatal, con la Iglesia Católica, que no tiene tal carácter, olvidando además que existen otras personas jurídicas de carácter público no estatal.

La doctrina administrativa actual reconoce la existencia de dos clases de personas jurídicas de carácter público: las estatales y las no estatales.²⁶

La iglesia católica -como se ve a todas luces- no es personal estatal, no es un organismo del Estado, no integra la organización política de la Nación, ni constituye un poder político, además, porque no desempeña funciones “administrativas”. Si bien an-

26 Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, cit. I n° 99 p. 351.



taño la Iglesia cumplió tareas de esta índole (inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones), actualmente eso no ocurre.

En un principio las personas públicas se constituyeron bajo formas jurídicas de Derecho Público, caracterizadas por el ejercicio de poderes público y cuya regulación es el Derecho Administrativo; por otra parte, el Estado reconoció el ejercicio de poderes públicos en personas no estatales (Colegios Profesionales o concesionarios de servicio públicos), siendo los criterios preponderantes que permiten configurar el concepto de personas de carácter público las siguientes: su creación por acto estatal, su fin público, sus potestades estatales y, por último, el control de Estado. Resulta evidente que la Iglesia Católica o cualquier otra no cumple con ninguno de los requisitos ut supra señalados para su configuración como persona de Derecho Público.²⁷

Por otro lado, este criterio sobre sujetos públicos y privados es relevante por el régimen jurídico aplicable, esto es, el Derecho Público o Privado, en otros términos, qué normas debemos aplicar a su personal, recursos económicos, bienes, contratos y actos.

4.2. Ley 23.302 de Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes

Como explican Gordillo y Hirsch, el fin del proceso histórico de no reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas argentinos puede ubicarse en el momento de la sanción de la Ley Nacional sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Indígenas, ya que esta norma “contempló importantes derechos, entre los que se destacan la necesidad de otorgarles a las comunidades indígenas títulos y personería jurídica”.²⁸

La Ley 23.302, sancionada en el año 1985 e implementada cuatro años después, regula en su sección segunda lo atinente a las comunidades indígenas, disponiendo en su artículo 2 que: “A los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país. Se entenderá como comunidades indígenas á los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad. La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación.” Agrega en su artículo 3 que: “La inscripción será solicitada haciendo constar el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, las pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los de-

27 Balbin, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 57.

28 Gordillo, Gastón y Hirsch, Silvia, “La presencia ausente: invisibilizaciones, políticas estatales y emergencias indígenas en la Argentina”, *op.cit.*



más elementos que requiera la autoridad de aplicación. En base a ello, ésta otorgará o rechazará la inscripción, la que podrá cancelarse cuando desaparezcan las condiciones que la determinaron.”

Por último, en su artículo 4, la ley establece que: “Las relaciones entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente.”

También la ley creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) que es la institución del Estado Nacional que tiene la responsabilidad de crear canales interculturales para la implementación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente. El INAI, por su parte, dispone la inscripción de las comunidades indígenas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI).

La reglamentación de la Ley se efectuó en 1989 mediante el dictado del Decreto N° 155, en el que se dispuso que el Registro Nacional de Comunidades Indígenas forma parte de la estructura del INAI y mantendrá actualizada la nómina de comunidades indígenas inscriptas y no inscriptas. Coordinará su acción con los existentes en las jurisdicciones provinciales y municipales. Podrá establecer registros locales en el interior o convenir con las provincias su funcionamiento. El registro será público (art. 16).

El INAI promoverá la inscripción de las comunidades indígenas en dicho registro y las asistirá para que realicen las tramitaciones y acrediten las circunstancias que esa inscripción requiera (art. 17), agregando que, junto a la inscripción, cuando sea posible, se agregará al Registro un censo en los que consten los datos personales de cada uno de los integrantes de la comunidad de que se trate. Sólo se cancelará la inscripción de una comunidad cuando ésta desaparezca como tal, ya sea por extinción o dispersión de sus miembros (art. 18).

Los efectos de la inscripción radican en el goce, por parte de las comunidades indígenas, de los derechos reconocidos por las leyes 14.932 y 23.302, agregando la norma que la personería jurídica adquirida mediante la inscripción tendrá el alcance establecido en la última parte del inc. 2° del párrafo segundo del art. 33 del Código Civil (art. 19).

En un dictamen firmado por Germán Bidart Campos, en referencia a la primera consulta sobre la operatividad del Convenio 169 de la OIT, respecto de la cuestión en análisis dijo: “Cualquier agrupamiento, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos. Ello sea respecto de comunidades nuevas o reconstruidas, territoriales de segundo o tercer grado, rurales o urbanas, sectoriales en materia de salud, trabajo, educación, turismo, etc. incluyo la llamada “Coordinadora” (creada en 1991), y la reforma de la Confederación que originariamente se inscribió, de



acuerdo al derecho común en materia asociativa de la época, en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de Neuquén. En síntesis, ni la provincia ni el INAI pueden negarse a reconocer y registrar el pluralismo indígena asociativo en todas sus categorías institucionales (ver arts. 16 y 17 del decreto 155/89) por aplicación directa del Art. 75 inc. 17 de la constitución federal, con más el Convenio 169. Basta para ello que los fines, la organización interna, el ámbito de actuación, las autoridades, las competencias y las responsabilidades de cada entidad indígena se encuadren en lo que bien puede rotularse como la legalidad y legitimidad del derecho indígena aplicable a cada tipología agrupacional.”

Como síntesis de tal regulación del sujeto colectivo *pueblo originario*, tanto legal como constitucional y de normativa internacional, tomare la definición dada por Juan Vicente Sola: “Se entenderá por comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas a los miembros de dicha comunidad.”²⁹

4.3. Opiniones de organismos internacionales de protección de derechos humanos

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial³⁰, en el sistema de informe de País (Observaciones Finales), al realizar el Examen del Décimo Sexto, Décimo Séptimo y Décimo Octavo Informe Periódico sobre Argentina, 2004³¹ manifestó su preocupación porque el Estado examinado “no haya promulgado las leyes necesarias para aplicar el Convenio N° 169 de la OIT, de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales” observando además “**las dificultades señaladas para el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas**, la protección insuficiente en la práctica de la propiedad y la tenencia de los pueblos indígenas sobre las tierras ancestrales y la consiguiente disminución de la capacidad de los pueblos indígenas para practicar sus creencias religiosas” (párr. 16).

29 Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 298.

30 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial aplica, en lo atinente al derecho objeto de análisis, el artículo 5, inciso d), punto v) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, cuyo texto señala que “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:...d) Otros derechos civiles, en particular:...v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros...”.

31 CERD/C/65/CO/1, 10 de diciembre de 2004. Las referencias que el Comité efectuó respecto de la propiedad indígena ver el informe sobre Derecho a la Propiedad.



Teniendo en cuenta lo dispuesto en su Recomendación general N° XXIII, el Comité instó a la República Argentina a “que aplique plenamente el Convenio N° 169 de la OIT; adopte, en consulta con los pueblos indígenas, una política general de tenencia de la tierra y procedimientos jurídicos efectivos para reconocer los títulos de propiedad de la tierra de los pueblos indígenas y demarcar sus territorios; adopte medidas para salvaguardar los derechos de los indígenas sobre sus tierras ancestrales, especialmente los lugares sagrados, e indemnice a los pueblos indígenas por la desposesión de sus tierras; garantice el acceso a la justicia, **reconozca efectivamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y sus comunidades en su forma de vida tradicional** y respete la importancia especial de la cultura y los valores espirituales de los pueblos indígenas en su relación con la tierra” (párr. 16).

Por su parte la Relatoría Especial sobre la libertad de religión o de creencias en el informe del relator especial “Los derechos civiles y políticos. En particular las cuestiones relacionadas con la intolerancia religiosa”, 2002³², luego de recordar la reforma constitucional del año 1994 –que suprimió la conversión de los pueblos indígenas al catolicismo, reconoció su identidad y sus derechos a la educación, a la **personalidad jurídica de sus comunidades** y a la propiedad comunitaria de la propiedad– destacó con preocupación que “los limitadísimos progresos que han producido los cambios anteriormente mencionados ponen de relieve la distancia que separa la legislación y la práctica” (párr. 111). Como se puede observar, el reconocimiento de personalidad jurídica de los pueblos originarios es un derecho que los organismos internacionales de protección de derechos humanos han considerado relevante a la hora de evaluar la conducta de la República Argentina en esta materia.

Como adelanté al inicio del presente trabajo, recientemente el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** emitió sus *observaciones finales* sobre el cuarto informe periódico de Argentina –de fecha 12 de octubre de 2018– donde manifestó su preocupación por; “está preocupado por la falta de cumplimiento integral con el relevamiento sobre comunidades aborígenes, la demarcación de sus territorios, y la prohibición de desalojos de tierras de las comunidades indígenas, dispuesto por la Ley 26160. También preocupa el Comité que aún no se han previsto mecanismos para la titularización de las tierras ancestralmente ocupadas por los pueblos indígenas. Finalmente, el Comité está muy preocupado por el desmonte, en 2017, de más de 120.000 ha, muchas de ellas en bosques protegidos, pese a las denuncias de las comunidades indígenas (art. 1, párr. 2).”

Así el Comité recomendó al Estado Argentino: “a) Velar por una aplicación plena y coordinada de las Leyes 26160, 26554, 26894 y 27400, tanto a nivel nacional como

32 E/CN.4/2002/73/Add.1, 16 de enero de 2002.



provincial, así como por la conclusión de los procesos de demarcación en todas las provincias y la concesión de títulos de propiedad comunitaria a las comunidades indígenas; b) Realizar un estudio de evaluación participativo junto a los pueblos indígenas del riesgo del impacto sobre sus derechos económicos, sociales y culturales, en particular la salud, previo a autorizar la explotación de recursos naturales; c) Garantizar un presupuesto propio y recursos humanos adecuados al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas para asegurar la culminación del relevamiento de las tierras de comunidades indígenas; d) Agilizar la demarcación de los territorios indígenas en los casos de Reserva Grande del Impenetrable Chaco, en la provincia del Chaco, asegurando el reconocimiento de las organizaciones indígenas, así como asegurar la relocalización de las familias criollas, en el caso de la comunidad Lhaka Honat.”

Por otra parte, el Comité manifestó estar “preocupado por la reiterada vulneración del derecho de los pueblos indígenas a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, en particular en las actividades extractivas que tienen lugar en las provincias de Jujuy, Salta, Neuquén y Chubut, así como por la ausencia de información sobre las reparaciones otorgadas a comunidades cuyos derechos han sido vulnerados (art. 1, párrs. 1 y 2)”. Recomendó al Estado parte “garantizar que los pueblos indígenas sean sistemáticamente consultados con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado a nivel nacional y provincial para otorgar concesiones a empresas de propiedad estatal o a terceros, para la explotación económica de las tierras y territorios tradicionalmente ocupados por ellos. En particular, el Comité recomienda al Estado parte que para la aplicación del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado use los protocolos elaborados y acordados con los pueblos indígenas, que tienen en cuenta las especificidades de cada pueblo y cada caso”.

4.4. Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley N° 26.522)

Esta ley, producto de un procedimiento de sanción participativo, permitió reformular la relación jurídica entre la sociedad, el Estado y los medios de comunicación audiovisuales, superando una antigua legislación dictada durante un período no democrático. Esta norma fue duramente atacada –jurídica y políticamente– por el Gobierno de la Alianza Cambiemos ni bien asumió la presidencia el Ingeniero Macri, impactando certeramente en las posibilidades de democratización de los medios de comunicación que la ley establece.

Su relevancia en el tema de este trabajo radica en que en la ley de comunicación audiovisual se incluyó en el Título IX todo lo referente a los Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios y que en el artículo 23 –al regular Prestadores de los servicios de comunicación audiovisual– dispuso que las licencias se adjudicarán a



las personas incluidas en el artículo 21 inciso b) y a las personas de derecho público no estatales en cuanto no se encuentre previsto en esta ley que corresponde otorgárseles una autorización (episcopado y Pueblos Originarios).

Como veremos más adelante, esta ley ha sido utilizada por muchos de los pueblos originarios que presentaron sus ponencias ante al Comisión Bicameral para la Reforma del Código Civil y Comercial, con la finalidad de fundamentar el reconocimiento de las comunidades indígenas como personas públicas no estatales.

A este respecto el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en las observaciones finales del cuarto informe periódico de Argentina manifestó su preocupación por “la alta concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos, que limita el pluralismo y dificulta el acceso a licencias y financiamiento para desarrollar medios de comunicación audiovisual de grupos desfavorecidos y de los pueblos indígenas”

Ello llevó al Comité a recomendar al Estado Argentino a “fortalecer el acceso a los medios de comunicación de grupos desfavorecidos y en particular garantizar el acceso de los pueblos indígenas a los servicios audiovisuales, en particular a radios comunitarias, mediante la efectiva implementación de las provisiones relevantes de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y garantizar dicho acceso en cualquier futuro desarrollo normativo relativo a los medios de comunicación”.

4.5. Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.944)

El Poder Ejecutivo Nacional sancionó el Decreto N° 191/2011 por el cual creó la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Por resolución de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de fecha 04 de julio de 2012 se creó la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, que luego emitió un reglamento para la realización de audiencias públicas que se desarrollaron a lo largo y ancho del país recibiendo cientos de ponencias respecto de los diversos tópicos en estudio.

El proyecto del nuevo código unificado fue presentado el 27 de marzo de 2012 y fue motivo de estudio y revisión parlamentaria luego de distintas propuestas modificatorias efectuadas a su respecto por el Poder Ejecutivo y de la realización del mencionado procedimiento federal de audiencias públicas. El proyecto oficial de unificación y reforma de los Códigos Civil y Comercial recibió el 20 de noviembre de 2013 dictamen favorable, durante la tercera audiencia de la comisión bicameral, por lo que la iniciativa quedó en condiciones de ser debatida en el Senado de la Nación para el día 27 de no-



viembre. Finalmente fue aprobada como Ley 26.994, sancionada el 01 de octubre de 2014 y promulgada el día del mismo mes y año.

En el Título II de la norma proyectada, dedicado a regular a las personas jurídicas, se desarrolla una clasificación en los artículos 145 a 148. En el artículo 145, se lee: “Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas.” Por su parte el artículo 146 dice “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: A) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter. B) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable: C) la Iglesia Católica.”

En el artículo 147 el proyecto establece; “Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”. Por último, el artículo 148 dispone: “Personas jurídicas privadas: Son personas jurídicas privadas; a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; **h) las comunidades indígenas**; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.”

Como una primera aproximación a esta normativa puedo adelantar que la misma; 1) No establece cuál es el criterio de distinción entre personas jurídicas públicas y privadas. 2) No establece una sub-clasificación de las personas públicas en; estatales y no estatales. 3) No incluye en ninguna de las dos categorías a: Empresas y sociedades del estado; colegios profesionales; cajas de previsión; obras sociales; concesionarios de servicios públicos, entre otros. Además, se destaca del proyecto; 1) El mantenimiento de la Iglesia Católica como persona jurídica pública y 2) El reconocimiento de las Comunidades Indígenas como personas jurídicas privadas. Finalmente, la ley en su artículo 148 finalmente sancionado, excluyó a las comunidades indígenas del listado de personas jurídicas privadas previstas en el inciso h del proyecto de artículo 148.

4.6. Ponencias presentadas ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Durante el período preestablecido para recibir las ponencias respecto de las reformas legales proyectadas, se realizaron audiencias públicas en las siguientes ciudades; Buenos Aires, Rosario, La Plata, Neuquén, Tucumán, Corrientes, Córdoba, Bahía Blanca,



La Rioja, San Luis, La Matanza, Salta, Ushuaia, Partido de la Costa y Posadas. En todas ellas, y en el capítulo correspondiente al Libro I del proyecto de Código Civil y Comercial, se presentaron ponencias en relación al reconocimiento de personería jurídica de las Comunidades Indígenas, en su mayoría en representación de organizaciones y pueblos originarios.³³

En muchas de las ponencias (que se detallan en el cuadro siguiente y se anexan completas al final del presente trabajo) se dice que: “El actual Proyecto de reforma plantea la existencia de dos tipos de Personería Jurídica: “Pública” (Art. 146) y “Privada” (Art.148). A partir de esto nuestra exposición tendrá como eje central argumentar sobre la necesidad de incluir un nuevo artículo que contemple un tercer tipo a saber, “Personalidad Pública No-Estatal”, dentro del cual deberá incluirse a los Pueblos Originarios. Como estructuras institucionales propias y de carácter autónomo, tanto a nivel político como económico, cultural y social, las comunidades y organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas cuentan con un reconocimiento expreso realizado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales; razón por la cual el carácter de su personalidad jurídica debe enmarcarse dentro del derecho público, en éste caso no estatal. Resulta esencial señalar que, en función de la misma noción de preexistencia que hoy reconoce el nuevo texto constitucional a favor de los pueblos indígenas, la inscripción que realiza el Estado de las distintas comunidades no cuenta con un carácter constitutivo, tal como sí sucede con las demás figuras establecidas en el Código Civil y que obedecen a una lógica típica del derecho privado. Por tanto, el reconocimiento que el estado realice respecto de las comunidades y organizaciones indígenas al registrar su Personería Jurídica tendrá un carácter meramente declarativo, limitándose para el caso a constatar su existencia y a inscribirlas, no debiendo involucrarse en el juzgamiento del tipo de organización que los mismos se brinden ni de sus reglas internas. Por tanto, la técnica jurídica empleada por el Estado a fin de inscribir la Personería Jurídica de una comunidad u organización indígena debe ser la de la “constatación” y no la de la “concesión”, razón por la cual el reconocimiento de su existencia por cualquier acto público permitirá a la Comunidad disponer de Personalidad Jurídica. Tal criterio fue claramente sostenido por la jurisprudencia. A tal fin se plantea el siguiente nuevo texto:

PROPUESTA INDÍGENA: Artículo 146. Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el

³³ <http://ccycn.congreso.gov.ar/ponencias>.



extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica; d) Los Pueblos Indígenas, sus Comunidades y Organizaciones Representativas.

Ponente	Organización	Pueblo*	Contenido/propuesta
Germán David	Organización Territorial Movimiento de la Nación Guaraní Kereimba Iyambae	7-Guaraní.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Daniel Huircapan	Comunidad Mapuche Tehuelche Pu Kona Mapu	14-Mapuche. 15-Tehuelche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 196 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios). - Se funda en la CN.
Roberto Sandoval	Nación Charrúa (Entre Ríos)	25-Charrúa.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios). -Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos.
Ramón Quirulef	Organización Territorial Consejo zonal Pewence Pueblo Mapuche. Lof Catalan.	14- Mapuche.	-Es fundamental considerar las costumbres e instituciones indígenas como fuente de derecho a aplicar las costumbres e instituciones indígenas como fuente de derecho a aplicar en las comunidades y organizaciones. -Solicita reformulación de herramientas jurídicas. - Se funda en la CN.
Gabriel Jofré	Organización Territorial Malalweche	14- Mapuche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios).
Gabina Ocampo	Organización Educadores Originarios de la comunidad Nam Qom Provincia de Formosa	---	- Ponencia bilingüe (Qom-español). - Se funda en la CN, Convenio 169. -Propone se incluya al derecho colectivo indígena en el proyecto
David Torres	Comunidad Indígena Lules de Finca Las Costas del Pueblo Lule de Salta.	13-Lule Vi-lela.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Miguel Casimiro	Organización Territorial Red Atacama	19-Atacama.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.



Ponente	Organización	Pueblo*	Contenido/propuesta
Rosalía Barra	Consejo Zonal Pewence	14-Mapuche.	- Ponencia bilingüe (Mapuche-español). -Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - “Nosotros, como pueblos y naciones originarias, no necesitamos ni somos creados a partir de obtener una personería jurídica. Desde nuestra propia creación y vida, somos entidades jurídicas, porque tenemos una institucionalidad y una propia forma de administrar justicia, economía, política y una sociedad...”
Silvia Claleo	Organización Territorial Comunidad Mapuche Gelayko (Zapala, Neuquén).	14-Mapuche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales.
Amado Mamani y Víctor Cruz	Comunidad Inca Huasi	---	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos.
Rubén Sánchez	Cooperativa Newen Kzvaw	14-Mapuche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 23.302.
Juana Vila Rosa	Lof Rankel Mapuche Toay	14-Mapuche.	- Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 23.302.
Clara Chilcano	Comunidad Com Caia	1-Mocovi.	- Propone que se reemplace el término “comunidades indígenas” por el de “Pueblos Indígenas y sus Comunidades”. - Se funda en la CN, Convenio 169.
Ofelia Morales	Organización Territorial OCASTAFE (santa fe)	--	-Solicita reformulación de herramientas jurídicas. - Se funda en la CN.
Jorge López	Organización Territorial Asamblea Pueblo Iogys de la Ruta 86 (Salta)	--	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Paola Loza	Organización Territorial Chew-Mapu-Selk (Tierra del Fuego)	17-Selk Nam (Ona).	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Diego A Pezreya	Consejero Mapuche en el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas de la Provincia de Río Negro.	14- Mapuche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. -Aclara que las Personas Públicas no Estatales: “se crean a los fines de la delegación por parte del Estado de una obligación que le es propia y no creo que los Pueblos Originarios tengan que asumir esas responsabilidades.” - Se funda en la CN y Convenio 169.



Ponente	Organización	Pueblo*	Contenido/propuesta
Santiago Mamani	Consejo de Participación Indígena –Pueblo Diaguita-	11-Diaguita-Calchaqui.	-El art. 148 del Proyecto, al reconocer a los pueblos originarios como personas jurídicas privadas: “pone en valor el derecho de las comunidades indígenas al reconocimiento de su personería jurídica propia, respetando sus pautas culturales”.
Nicolás Vilca	Pueblo Chicha, Yavi, Jujuy.	--	- Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Roberto Ñancucho	Confederación Mapuche Neuquina	14-Mapuche.	Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Gregoria López	Comunidad Guaraní Río Blanco Banda Norte.	7-Guaraní.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios).
Isidro Segundo	Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENOTPO).	---	- La “Comunidad” es la forma organizativa que se dan los Pueblos Originarios en su Territorio, pero el sujeto de derecho es el Pueblo Originario, es por esto que propone se reconozca a éstos últimos, tal como lo hace la CN.
Verónica Aguiar	Comunidad Calle Ancha –Helvecia- Pueblo Mocoví (Santa Fe).	1-Mocoví.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522.
Simón Katurari	Agrupación de Comunidades Indígenas del Dpto. de San Martín.		-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Germán David.	Organización Territorial Movimiento de la Nación Guaraní Kereimba Iyambae.	7-Guaraní.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Eusebio Antico	Organización Territorial Chew-Mapu-Selk	17-Selk Nam (Ona).	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Daniel Huircapan	Organización Territorial Pu Kona Mapu	14-Mapuche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios).
Cristina Lien Pichun	Organización Territorial Chew-Mapu-Selk	17-Selk Nam (Ona).	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522.



Ponente	Organización	Pueblo*	Contenido/propuesta
	Caciques de las Comunidades. Manifiesto del Aty Neychyro		-“La personería Jurídica de las Comunidades tiene que ser de Derecho Público, por ser anteriores a que la Argentina existiera como nación.”
Clara Chilcano	Comunidad Com Caia	1-Mocoví.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Ayelen Sanchez	Comunidad Lickan Antay Corralitos –Red del Pueblo Atacama-	13- Atacama.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios).
Alejandro Casimiro	Comunidad Esquina De Guardia –Pueblo Atacama-	13- Atacama.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Nicolás Vilca	Organización Territorial del Pueblo Chicha	---	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios).
Silvia Klaleo	Confederación Mapuche de Neuquen	14- Mapuche.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - “Nosotros, como pueblos y naciones originarias, no necesitamos ni somos creados a partir de obtener una personería jurídica. Desde nuestra propia creación y vida, somos entidades jurídicas, porque tenemos una institucionalidad y una propia forma de administrar justicia, economía, política y una sociedad...”
Daniel Horacio Ayuch	Comunidad Indígena Tonokoté de Pozo Mositoy, y Cazadores Alazampa Dto. San Martín.	12- Tono-coté.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales.-Agregar dos párrafos al art. 147 de ley aplicable. 2º) Párrafo: Los Pueblos y Comunidades Indígenas se rigen por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales; las Leyes Dictadas en su consecuencia. Las disposiciones de este código.- En su vida y prácticas comunitarias por sus costumbres, formas e instituciones ancestrales con sujeción a la Constitución Nacional.- 3º) Párrafo: Las inscripciones que efectúen en los Registros Respectivos, será a los fines administrativos y para mejor ejercicio de sus derechos e intereses. No afecta el carácter previo ni ancestral de su personería. No condiciona ni limita los derechos que de la misma emanan.- Los miembros de la comunidad ejercen sus derechos por su intermedio y de los representantes. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.



Ponente	Organización	Pueblo*	Contenido/propuesta
David Pastrana	Organización Territorial Unión de los Pueblos de la Nación Diaguita (Salta)	11- Diaguita-Calchaqui.	-Propone que se reconozca a los Pueblos Originarios como Personas Públicas no Estatales. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP. Cita la Ley 26.522 (Servicios de Comunicación Audiovisual de Pueblos Originarios).
Bernabe Montellanos	Organización Territorial Casa de la Cultura Awawa.	9- Kolla.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Abel Camacho	Movimiento de la Nación Guaraní Kereimba Iyambae	7- Guaraní.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Timoteo Antonio Pelo	Comunidades Aborígenes del Pueblo Ocloya.	20- Ocloya.	-Los derechos de los Pueblos Originarios, por su carácter de preexistentes, son esencialmente colectivos. - Se funda en la CN, Convenio 169 y UNDRIP.
Verónica Paula Huber	Ciudadana	NO	
Analia Porrás y Cecilia Gardella	Cámara de Diputados de la Provincia de la Rioja	NO	
María Guillermina Ayello	Ciudadano.	NO	
Fundación Cultural Argentina	Fundación no indígena.	NO	
Rodolfo Anibal Panza	Ciudadano.	NO	
José Luis Galvez	Concejal	NO	

*Se utiliza la numeración y el listado de pueblos indígenas publicado por el INAI en su página web.

5. Hacia el pluralismo jurídico

5.1. El artículo 147 del Proyecto (Ley aplicable)

Como ya vimos, el proyectado artículo 147 -al regular lo referido a la ley aplicable de las personas jurídicas públicas- dispone que se rijan “en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”. Este texto fue aprobado finalmente como artículo



lo 147 del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta norma, si hubiera incorporado –como fue propuesto durante las audiencias– a los pueblos originarios como persona pública pre estatal, podría haber funcionado como la puerta por la que se comuniquen el derecho indígena con el derecho positivo occidental que rige en nuestro Estado nacional.

5.2. Situación de la Iglesia Católica Argentina

Veamos qué sucede con la Iglesia Católica, que –a diferencia de las comunidades indígenas– sí es reconocida como una persona jurídica de derecho público. ¿Por qué normas se regirá entonces todo lo concerniente a las actividades, capacidades, organización, fines, etc. la Iglesia Católica? A diferencia de los Estados (nacional, provincial, municipal) que se regulan por normas de derecho público que ellos sancionan en cumplimiento de obligaciones y funciones establecidas en la Constitución Nacional, la Iglesia católica se regirá por “las leyes y ordenamientos de su constitución”, tal como lo indica el artículo 147 del vigente Código Civil y Comercial. Surge entonces la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las leyes y ordenamientos que constituyen a la Iglesia Católica?

En la obra de Alberto Bianchi, sobre la organización institucional de la Iglesia Católica, al dar las nociones generales sobre el derecho canónico, explica que sus fuentes son “a) las leyes eclesiásticas; b) la costumbre; c) los decretos generales y las instrucciones; d) los actos administrativos singulares y e) los estatutos y reglamentos.” Como con detalle explica el Prof. Bianchi, todas estas fuentes provienen de la voluntad de las autoridades supremas de dicha institución (el Papa, el Colegio Episcopal, la Autoridad Suprema de la Iglesia, el Obispo Diocesano y los Jueces o Tribunales) que ejercen la llamada “Potestad del Régimen” que engloban las funciones legislativas, administrativas y judiciales. En el caso de la Iglesia Católica, el artículo 147 permite que relaciones jurídicas que se desarrollan en nuestro suelo se encuentren regidas por un régimen normativo (derecho canónico) dispuesto fuera de nuestro país, cuyas leyes y reglamentos no se presumen conocidos por la población y el Estado nacional.

La diferencia entre la Iglesia Católica y los demás entes estatales dispuestos en el artículo 146, radica en que las leyes y ordenamiento jurídico que constituyen a estos últimos no es otra cosa que el derecho público nacional, provincial y municipal, cuya construcción democrática, su conocimiento por parte de la población y su obligatoriedad derivada de su legitimidad de origen son características no compartidas por el derecho canónico. El artículo 147 equipara el derecho canónico con el derecho público argentino.

Otra cuestión que reviste importancia es que las decisiones que se toman en el ámbito normativo canónico –que como vimos constituye el conjunto de leyes y orde-



namiento que el artículo 147 le reconoce a la Iglesia Católica— no son revisables por el Poder Judicial argentino. Es decir, este conjunto de normas de derecho canónico y las decisiones administrativas que en virtud de ellas se tomen, no son justiciables, por lo tanto, esta sola circunstancia violenta las garantías procesales básicas que obligan a todo Estado a proveer un sistema recursivo de todas las decisiones imperativas que puedan afectar los derechos o intereses de las personas. Existe un ámbito de arbitrariedad religiosa enclavado en un especial régimen jurídico público, que no se encuentra sujeto a revisión judicial ordinaria, privilegio que hoy por hoy no se reconoce a ninguna persona jurídica pública, estatal o no estatal.

Por esta y otras cuestiones soy de la opinión que el reconocimiento de personalidad de derecho público a la Iglesia Católica violenta nuestra constitución y los Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos. Pero más allá de eso, el mecanismo jurídico de introducción del derecho canónico en nuestro sistema normativo es útil para su aplicación al caso del derecho indígena, cuya legitimidad histórica, política y social hoy es reconocida expresamente en nuestra Carta Magna.

5.3. Recepción del derecho indígena

El INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) perteneciente al Ministerio de Desarrollo de la Nación en el documento correspondiente al Programa Nacional de Relevamiento territorial de Comunidades Indígenas se refirió a la relación entre el Derecho Consuetudinario Ancestral y el Derecho positivo. Allí se afirmó que: “Las autoridades originarias tienen su legitimidad en el régimen parental, la concepción filosófico-religiosa y en el vínculo de la comunidad con la naturaleza. El orden jurídico interno de nuestro Estado, ante el derecho consuetudinario se manifiesta con la expresión “usos y costumbres”; y lo acepta como “fuente de derecho”, en rango inferior y supletorio, exigiendo variados requisitos para su reconocimiento legal. El Código Civil argentino, por su parte, reza en su art. 17 (reformado por Ley 17.711): “Los usos y costumbres no pueden crear derecho sino cuando las leyes se refieren a ellos o en circunstancias no regladas legalmente”. Vemos entonces que se abren los caminos para la incorporación del derecho consuetudinario de los pueblos originarios.”³⁴ Al respecto comparto la propuesta de Daniel Horacio Ayuch, representante de la Comunidad Indígena Tonokote de Pozo Mositoj y Cazadires Alazampta (Santiago del Estero). En dicha ponencia se lee la incorporación de los dos siguientes párrafos al art. 147:

34 http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/Relevamiento_Territorial_Comunidades_Indigenas.PDF



2º) Párrafo: Los Pueblos y Comunidades Indígenas se rigen por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales; las Leyes Dictadas en su consecuencia. Las disposiciones de este código. En su vida y prácticas comunitarias por sus costumbres, formas e instituciones ancestrales con sujeción a la Constitución Nacional.

3º) Párrafo: Las inscripciones que efectúen en los Registros Respectivos, será a los fines administrativos y para mejor ejercicio de sus derechos e intereses. No afecta el carácter previo ni ancestral de su personería. No condiciona ni limita los derechos que de la misma emanan. Los miembros de la comunidad ejercen sus derechos por su intermedio y de los representantes.

6. Conclusiones

Más allá de la consideración de los pueblos originarios como personas de derecho público preestatal quisiera destacar aquí es el uso que los pueblos indígenas han realizado del procedimiento participativo de reforma del Código Civil y Comercial. Este mecanismo de audiencias públicas, a mi entender tiende, en general, a tratar de remediar la imposibilidad de la ciudadanía de controlar e intervenir en la discusión de la cosa pública, facultad que es apropiada por los representantes y monopolizada por los partidos políticos, y que ha dado lugar a duras críticas al sistema parlamentario y a la ficción de la representación política.

Como se puede leer en algunas de las ponencias realizadas en aquel mecanismo participativo que precedió a la sanción del Código Civil y Comercial –y se pudo escuchar en las audiencias públicas–, los pueblos originarios dijeron: aquí estamos, queremos opinar, ¡exigimos que nos escuchen! Explica Pierre Bourdieu³⁵ que:

Por tanto, esta suerte de acto originario de constitución, en el doble sentido, filosófico y político, que representa la delegación es un acto de magia que permite hacer existir lo que no era sino una colección de personas plurales, una serie de individuos yuxtapuestos, bajo la forma de una persona física, una corporación, un cuerpo místico encarnado en uno (o más) cuerpo(s) biológico(s), *corpus corporatum in corpore corporato*.

Antes de analizar en profundidad el denominado *misterio del ministerio*, por el cual el mandatario se transforma, por delegación inconsciente, en capaz de actuar en sustitución de sus mandantes, Bourdieu describe el acto de delegación de una persona hacia otra del poder de actuar públicamente en el campo de la política en su nombre preguntándose cómo puede ser que el mandatario tenga poder sobre aquel que le da poder.

35 Bourdieu, Pierre, *Cosas Dichas*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 158.



En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios y excluidos desde el nacimiento del Estado argentino encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. Este tipo de procedimiento participativo de construcción de normas –más allá de las numerosas críticas que le fueron efectuadas, muchas de ellas con razón– es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Como explica Jauretche, en nuestro país; “los derechos del hombre son una abstracción, cuando se trata del hombre de carne y hueso, concreto, ese que va a nuestro lado en la calle. Y eso ampliado “para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. Y aún los que no lo habitan, según nuestra “*intelligentzia*” se aflige más por el derecho en las antípodas que en su propio país, siempre dispuesta a participar en todas las luchas por derecho de las multitudes lejanas y tan constantemente ajena en la lucha por el derecho de los nuestros”³⁶

Bibliografía

- Benedetti, Miguel Ángel, “Fuerza Normativa de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Su efectiva internalización en Argentina)”, en Material del Seminario Protección de Pueblos Indígenas de la Maestría de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Miguel Ángel Benedetti, edición 2012.
- Boaventura de Sousa, Santos, *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, Bogotá, 2002.
- Bourdieu, Pierre, *Cosas Dichas*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Bilbao, Desclee, 2001.
- Balbin, Carlos F., Tratado de derecho administrativo. T II, *La Ley*, Buenos Aires, 2011, p. 57.
- Clavero, Bartolomé, “Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo”, en Material del Seminario Protección de Pueblos Indígenas de la Maestría de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Miguel Ángel Benedetti, edición 2012.
- Marienhoff, Miguel, Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*, Depalma, Buenos Aires, 2001.
- Faustino Sarmiento, Domingo, “Facundo. Civilización y Barbarie”, Buenos Aires, Ed. Hyspamérica-Ega, 1982.
- Fontana, Beatriz, “La negociación colectiva en el empleo público”, en *Derecho del Trabajo*, T°
- 36 Jauretche, Arturo, *Manual de Zonceras Argentinas*, Buenos Aires, Corregidor, 2005, p. 153.



XLIX-B.

- Gordillo, Gastón y Hirsch, Silvia, “La presencia ausente: invisibilizaciones, políticas estatales y emergencias indígenas en la Argentina”, en Material del Seminario Protección de Pueblos Indígenas de la Maestría de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Miguel Àngel Benedetti, edición 2012.
- Loñ, Felix R. y Morello, Augustos M, *Lecturas de la Constitución*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.
- López Alfonsín, Marcelo Alberto, “Pueblos Originarios: La transformación de objetos a sujetos del derecho constitucional a partir de la reforma de 1994”, Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (Coords), *A una década de la reforma Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XX, 1999.
- Sardegna, Miguel Angel y Slavin, Luis Pablo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1999.
- Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009.
- Tomei, Manuela y Swepston, Lee, *Pueblos indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Julio de 1996, (Material del Seminario).
- Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999.