

*El régimen constitucional de los pueblos indígenas**

Por Juan F. Armagnague

El objeto del presente trabajo es determinar cuál es en la actualidad el régimen constitucional de los pueblos originarios atento a la incorporación a la Ley Fundamental del art. 75, inc. 17 el cual establece un conjunto de derechos específicos para los pueblos indígenas.

1. El Estado constitucional y legal de los indígenas en la Constitución de 1853/60

En cuanto a los antecedentes históricos de las distintas tribus que habitaron el territorio nacional al arribo de los españoles y su evolución, nos remitimos al trabajo de Gonzalo Segovia y Juan Fernando Segovia, *La protección de los indígenas*¹.

Aunque sea de paso, recordemos que la Asamblea del Año XIII declaró extinguidas la “mita” y el “yanaconazgo” y cualquier otro tributo o servicio personal de los indios, reconociéndoles su calidad de hombres libres y en igualdad de derechos a los demás ciudadanos.

a) En lo que respecta al Estado constitucional de los indígenas en la Constitución Nacional, debemos partir de lo dispuesto en el art. 16 de la misma que establece que “Todos” los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”.

La palabra “Todos” no deja resquicio a excepción alguna. Se desprende pues, que el mismo artículo al sostener que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento...” no se infiere que puede existir en el país una raza superior y otra inferior.

Ratifica lo señalado por el art. 16, el art. 18 de la Const. nacional al disponer que “Ningún habitante de la Nación” puede ser penado sin que se llenen los requisitos allí exigidos.

Específicamente el art. 67, inc. 15 de nuestra Carta Magna ordenaba al Congreso de la Nación la siguiente cláusula: “Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Esta última disposición era correlativa con el art. 2° de la misma Constitución por la preferencia (que aún subsiste) que otorga la Ley Fundamental a la religión católica en cuanto a su sostenimiento.

b) En cuanto al estado legal de los indígenas, la ley de ciudadanía de 1869 en el art. 1°, inc. 1° establecía que “Son argentinos todos los individuos nacidos o que nazcan en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de los padres”,

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Pérez Guilhou, Dardo y otros, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995, p. 315 y siguientes.

salvo los hijos de ministros extranjeros y miembros de legaciones residentes en el país.

Se colige pues, que los indígenas son ciudadanos argentinos y gozan de los mismos derechos que los demás.

Más aún, el proyecto de Código del Trabajo impulsado por el siempre recordado Joaquín V. González, ministro del presidente Julio A. Roca señalaba que “La Constitución no establece ninguna diferencia entre la condición civil del indio y la de cualquier otra persona nativa en la República y domiciliada en un territorio nacional. Su relación con el Estado nacional no puede ser otra que la de todo habitante de esos territorios, que no son Provincias, y para los cuales no rigen las prescripciones que definen la ciudadanía política, pero sí las que se refieren a la condición civil”.

Y agregaba que “Todo propietario, director, administrador o empresario de ingenio, obraje de maderas u otras especie, yerbales, cafetales, algodones, arrozales, estancias, chacras o de cualquier otra explotación en que se emplee el trabajo de los indios que habitan los territorios nacionales, y toda persona que los tenga a su servicio doméstico o de otra clase, están obligados a considerarlos como personas libres y dueños de todos los derechos civiles inherentes a todo habitante de la República, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes comunes y políticas” (art. 256).

Es cierto que algunas comunidades indígenas resistieron el destrato y las desigualdades que relata la historia. Unas de esas tribus fueron los mapuches y los ranqueles.

A propósito de mi historia personal, debo señalar que yo nací y me crié hasta los diez años en un pueblo denominado “Italó” donde mi abuelo Fernando Armagnague, junto a otro vasco Juan Etchegoyen, fueron los fundadores de dicho vecindario. Como anécdota se instalaron en uno de los fortines de la serie de ellos que allí se encontraba y que llegaban hasta el fuerte de San Carlos y 25 de Mayo en la provincia de Mendoza.

“Italó” significa en indio, médano de agua dulce y alledaño al pueblo, se encuentra otro nombre indígena denominado “Pincén” en recuerdo del famoso cacique de la zona, luego continúa otro pueblo denominado “Ranqueles” para culminar en la hoy ciudad de Huinca Renancó que en indio significa “cristiano muerto”.

También al igual que dicho fortín se encontraba alledaño la zanja “Alsina”, profunda hondonada que se utilizó para contrarrestar a los indios para que no pasaren con las vacas y caballos de la región pues éstos carecían de rampas para que pasaren al otro lado de dicha zanja.

Estas vivencias de mi niñez me confirman que existió una lucha prolongada en el tiempo entre unos y otros que no era, como algunos pretenden, señalar la civilización y la barbarie, para distinguir los elegidos y los réprobos, respectivamente.

Era la construcción del Estado-Nación el que estaba en juego y que ahora, por distintos motivos que no corresponden al presente trabajo se intenta poner en discusión dicho paradigma del Estado-Nación y que es nuestro deber preservar, sin perjuicio del reconocimiento que, con justicia, introdujo la reforma constitucional de 1994.

2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con anterioridad a la reforma constitucional de 1994

El precedente que hemos podido compulsar es un fallo de nuestro cimero Tribunal de septiembre de 1929 promovido por vecinos argentinos unos, chilenos y bolivianos otros de los pueblos de Abra Pampa, provincia de Jujuy y de Rosario de Lerma, provincia de Salta a través de una acción de reivindicación expresando que eran poseedores de tierras en dichas provincias de las que habían sido despojadas por actos de particulares y de autoridades públicas.

El fundamento de la pretensión era que dichas comunidades indígenas eran las propietarias del suelo que habitaban y cultivaban. Agregaban que cuando España conquistó y colonizó respetó dicho dominio comunitario, no existiendo resolución alguna de ese Reino que estableciera una cortapisa a ese derecho de propiedad de los indígenas.

Sostenían además que no podían ser perjudicados en el caso de la provincia de Jujuy contra los sucesores de Fernando Campero en la cual se declaró la propiedad de aquella provincia sobre dichas tierras de Cochinoca y Casabindo, pues no fueron parte en el juicio y para los actores eran una sentencia “*res inter alios acta*”.

La provincia demandada dio sus fundamentos y el caso fue resuelto favorablemente al Estado provincial (*Fallos*, 155:302).

En los fundamentos la Corte sostuvo tomando el reconocimiento de los propios actores dijo que “En ese dominio del Estado, no solo eminente, sino también efectivo, público y privado, sucedió la Nación Argentina a España y, subsidiariamente, las provincias a la Nación, según lo reconoció el art. 1° de la ley 28 de 1862”.

En la discusión de dicha ley intervinieron Rawson, Elizalde y Vélez Sársfield, según el Diario de Sesiones de aquel tiempo, p. 229 y ss., y que fueron abonadas por jurisprudencia de la propia Corte en *Fallos*, 113:204; 142:224, etcétera.

La Corte también consideró la falta de personería de las comunidades indígenas para actuar en juicio, ya que no eran personas de existencia necesaria, ni posible, conforme a lo que sostenía el Código de Vélez y su existencia legal anterior a la vigencia de éste, debió ser consagrada a sus normas fundamentales.

3. La Constitución de 1949

En la reforma de 1949, el tema de los pueblos originarios se resolvió suprimiendo la cláusula constitucional de 1853, basándose en que “Los reducidos núcleos de indios que todavía existen en el país, no exigen una norma expresa”.

Esta manera de exclusión de los pueblos originarios mereció el repudio de Marcelino Cayuqueo –representante mapuche– quién aseveró que “Nos han dejado fuera de la Constitución Nacional”.

Esta consideración fue expresada por Marcelino Cayuqueo, mapuche de la tribu de Coliqueo, Los Toldos, provincia de Buenos Aires quién disertó en las “Primeras Jornadas de la Indianidad” celebradas en Buenos Aires los días 14 y 15 de abril

de 1984, cit., por Highton, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”².

4. El Convenio 169 de la OIT de 1989

La Organización Internacional del Trabajo se ocupó muy especialmente de estas cuestiones de pueblos originarios. En 1953 publicó un estudio sobre poblaciones indígenas, adoptando cuatro años más tarde el Convenio 107 y la Recomendación 104 sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales, siendo uno de los primeros instrumentos internacionales de protección de sus derechos ya que su existencia se encontraba en el mundo amenazada por pueblos más fuertes y culturalmente dominantes.

En 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó una revisión de dichos instrumentos mediante el actual Convenio 109 en el cual se intenta eliminar totalmente las actitudes paternalistas frente a los pueblos originarios. El 3 de julio de 2000 entró en vigencia insertándose en el cuerpo constitucional interno con jerarquía supralegal.

5. La Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas

El art. 1° de esta Declaración establece que “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”.

Como bien señala Federico Robledo, los pueblos indígenas “no son poblaciones”, sino sociedades permanentes que tienen derecho a continuar existiendo y, siendo también en la actualidad protagonistas en la sociedad pluricultural, a mantener su identidad y determinar libremente su propia manera de vivir y su destino³.

6. La reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 incorporó la tutela constitucional a los pueblos originarios en el art. 75, inc. 17 que reconoce, a partir de ese momento, la preexistencia étnica y cultural de dichos pueblos al Estado nacional.

En síntesis, se reconocen y garantizan los siguientes derechos, a saber:

- 1) Protección de sus derechos de identidad étnica, histórica y cultural.
- 2) La transmisión de sus conocimientos a la generación actual y a las venideras, como también el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

² “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 7, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 279.

³ Robledo, Federico, *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*, en Sabsay, Daniel - Manili, Pablo (dirs.), “Constitución de la Nación Argentina”, Bs. As., Hammurabi, 2010, comentario al art. 75, inc. 17, t. III, p. 537.

- 3) Reconocimiento de la personería jurídica de sus comunidades.
- 4) A la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que, por tradición, ocupan.
- 5) A que se les entreguen otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano.
- 6) A que se les garantice la inalienabilidad e inembargabilidad de sus territorios.
- 7) A participar en la gestión de sus recursos naturales y de todos los intereses que les afecten, con una competencia concurrente entre Nación, provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

7. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte federal se expidió sobre la participación de las comunidades indígenas vinculadas con los recursos naturales.

Los hechos, sucintamente, fueron los siguientes. La Comunidad Indígena del Pueblo Wichi-Hoktec TToi interpuso una acción de amparo con la finalidad que se declarase la nulidad de dos actos administrativos dictados por la Secretaría del Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable mediante los cuales se autorizaba la deforestación indiscriminada de campos y se prorrogaba el permiso para hacerlo con respecto a otros campos.

La Corte salteña se pronunció en contra expresando que, como se trataba de un amparo requería mayor amplitud de debate y prueba, rechazando la acción.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quién sostuvo que “Constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, dijo la Corte, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la Const. nacional” (*Fallos*, 325:1744).

En otra oportunidad se admitió por el alto Tribunal nacional sobre la participación del Defensor del Pueblo chaqueño quién promovió una acción de amparo contra la provincia del Chaco y el Estado nacional tendiente a que se los condenara a adoptar las medidas necesarias para modificar la actual condición de vida de un sector de la población, en su mayoría de la etnia toba, quienes se encuentran en una situación precaria y de grave emergencia social.

La Corte nacional se pronunció expresando que “le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental a la hora de administrar justicia, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados” (*Fallos*, 328:1146).

8. La cláusula constitucional del art. 75, inc. 17 ¿requiere o no reglamentación legal?

Mientras Badeni y Ekmekdjian sostienen que el art. 75, inc. 17 para ser efectivo requiere la actividad legislativa y ejecutiva mediante una ley reglamentaria que establezca los efectos jurídicos de ellas y, alguna estructura jurídica comunitaria (quizás otorgando algún tipo de facultades administrativas al cacique o consejo de ancianos, donde los haya), otro sector de la doctrina se pronuncia en contra⁴.

En tal sentido, Bidart Campos ha sostenido que “el nuevo inc. 17 que más allá del valor que en tal sentido le asignamos a la primera parte del mencionado inciso, su aplicabilidad práctica es importante, por lo que no requiere de ley alguna”⁵ al igual que Quiroga Lavié⁶.

9. Conclusiones

Al respecto nos permitimos realizar las siguientes conclusiones, a saber:

1) Entendemos que la cláusula del inc. 17 del art. 75 de la Const. nacional es operativa pues en forma directa se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas.

2) Más aún, de no aceptarse tal tesis podría dar lugar a responsabilidades del Estado nacional y/o provincias por la falta de cumplimiento de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, sin que se alegue para incumplir tal reconocimiento la falta de recursos derivados de dichos Estados.

3) Sin embargo, la relación de las comunidades indígenas con “las tierras que tradicionalmente ocupan” debe interpretarse literalmente.

4) Creemos que la norma constitucional es clara, en el sentido que deben tratarse de tierras que, desde siempre, desde tiempos inmemoriales dichas comunidades ocupaban. Sostener lo contrario, estamos abriendo una brecha de incalculables dimensiones en cuanto a procesos sobre tierras que ya tienen títulos perfectos.

Entendemos que las tierras que les corresponden son las que “ancestralmente” han ocupado tradicionalmente las comunidades indígenas.

Por lo que si abrimos la interpretación en un sentido “dinámico” como se pretende en cuanto a la cultura histórica de dichos pueblos, será una verdadera “olla de grillos” que constituirán un semillero de pleitos.

5) Si bien las provincias tienen el deber de distribuir dichas tierras en el sentido que le otorgamos en el punto anterior y no mediante maniobras demagógicas que van en perjuicio de las propias comunidades.

⁴ Badeni, Gregorio, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Bs. As., Ad Hoc, 1995, p. 101. Ekmekdjian, Miguel, *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Bs. As., Depalma, 1997, p. 503.

⁵ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 2008, t. III, p. 118.

⁶ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 2000, p. 429.

Por supuesto que dichas tierras serán sólo las imprescindibles para la preservación de los recursos naturales necesarios para bienestar de dichas comunidades ya que la manda constitucional también alcanza a dichos recursos, pero siempre teniendo en cuenta la literalidad de la norma fundamental.

6) Cada provincia debe abrir un registro para preservar las tierras que tradicionalmente ocupan para tutelar a dichas comunidades de aquellas personas que quieren hacer su agosto mediante falsas promesas de corte económico-financiero que terminarán desnaturalizando el sentido y alcance de la norma constitucional.

7) Cuando se trató el tema en la Convención Constituyente de 1994 se convocó para la redacción del art. 75, inc. 17 a personal especializado de la Cancillería, esto es, del Ministerio de Relaciones Exteriores. El motivo de dicha convocatoria era no generar un precedente que se volviera en contra de los legítimos e inalienables derechos argentinos sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur. De allí que se colocó lo más preciso posible un texto que evitara que sirviera de precedente a los “kelpers”, personas que fueron transportadas desde Gran Bretaña para ocupar ilegítimamente nuestro archipiélago sur.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.

