

Proyecto de Ley

El Senado y la Cámara de Diputados sancionan con fuerza de Ley

Artículo 1°.- Otórgase jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, Suiza, en la septuagésimo sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, del 7 de junio de 1989 y que fuera aprobado por Ley 24.071, sancionada el 4 de marzo de 1992.

Artículo 2°.- De forma.

Fundamentos

Señora Presidenta:

El Convenio 169 entró en vigencia el 1 de septiembre de 1991, un año después del registro de la ratificación por dos países (Noruega lo hizo en junio de 1990 y México en septiembre del mismo año) y desde entonces siguió siendo ratificado por numerosos países. La República Argentina lo aprobó prontamente por Ley 24.071 en marzo de 1992. Mientras que fue ratificado el 3 de julio de 2000, por lo que entró en vigencia el 3 de julio de 2001.

El Convenio reconoce a los pueblos indígenas como pueblos con derechos colectivos de carácter político, territorial, económico, social y cultural. Entre los derechos más importantes tenemos el derecho a ser consultados frente a medidas administrativas o legislativas que pudieran afectarlos directamente, según lo prescripto en el art. 6, incisos 1 y 2; o a la participación en la misma forma en que lo hacen otros sectores de la población según el art. 6, inciso 1.b; o a participar en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo que pudieran afectarlos en forma directa, según el art. 7, inciso 1.

No vamos a hacer el detalle de cada uno porque esta normativa está adoptada por la República Argentina desde 1992 y no hay novedad en lo prescripto por la norma. Pero sí vamos a hacer un repaso de qué implica su nueva jerarquía.

Según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (aprobada por nuestro país por el Decreto Ley mal llamado Ley 19.865 de octubre de 1972), las partes de un acuerdo se obligan a implementarlos de buena fe (art. 26) y los firmantes no podrán invocar disposición alguna del derecho interno como justificación de incumplimiento (art. 27). Por su parte, y en el mismo sentido, la Constitución de la OIT dispone en su art. 19 que los miembros deben hacer efectivas las disposiciones de los convenios ratificados.

No obstante lo expuesto, el otorgamiento de jerarquía constitucional que el presente proyecto propone, importa poner a los derechos y garantías que contiene el Convenio OIT 169 en un pie de igualdad con los otros derechos ya contenidos en la parte programática de nuestra Constitución Nacional, y por encima de cualquier norma de rango inferior, incluso las restantes de carácter Convencional, en tanto las disposiciones se equiparan a las que reconoce la Ley Suprema.

Asimismo, esta jerarquización del Convenio OIT 169 impone a los órganos jurisdiccionales y administrativos la obligación de respetarlos, interpretarlos y aplicarlos, de modo armónico y en igualdad de rango con el resto de los derechos constitucionales, y por encima de cualquier norma legal de rango inferior, ya sea de índole nacional o provincial.

El Convenio 169 de la OIT surge de la revisión del viejo Convenio 107, también de la OIT, que fuera aprobado en 1957. Esta revisión obedeció a diversos cuestionamientos a su texto por parte

de pueblos indígenas por su enfoque asimilacionista, ya que promovía la integración progresiva de las poblaciones en sus colectividades porque se consideraba que estaban en etapas menos avanzadas que el resto de los sectores sociales de sus países. Esta idea fue abandonada en el Convenio 169 que borra de los textos toda idea de asimilación.

El Convenio parte del principio fundamental de reconocer el derecho de los "pueblos indígenas" a seguir existiendo en el seno de sus sociedades nacionales, promoviendo el pluralismo y la democratización en el funcionamiento estatal, al reconocer el carácter multicultural y pluriétnico de nuestra sociedad a través de la tolerancia jurídica de la alteridad. Se reconocen las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del estado en que viven, como así también su diferente concepción sobre la propiedad privada y los recursos naturales, asumiendo los gobiernos la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger sus derechos, garantizando el respeto de su integridad.

La necesaria revisión de los puntos de vista se debe a la importancia del trabajo del ecuatoriano José Martínez Cobo como Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías con su "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas". Así, la participación y la no discriminación serán pilares del Convenio. En este estudio caracteriza a los pueblos indígenas diciendo que "Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales". Este es el valor recogerá la Constitución Nacional en 1994 cuando reconozca su preexistencia y sus derechos en el inciso 17 del artículo 75 cuando dice "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 podrán ejercer concurrentemente estas atribuciones".

El artículo 3° del Convenio establece la no discriminación entre hombre y mujeres indígenas, lo que se complementa con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (aprobada por nuestro país por Ley 23.179 en 1985). La defensa de los derechos humanos es complementaria de la cosmovisión de los pueblos indígenas. Bien sabido es que entre los principios anhelados por los pueblos andinos están el "buen vivir" y la "cultura de la vida". Estos principios son bases muy sólidas para un sistema verdaderamente democrático basado en el consenso y el diálogo

En cuanto a la cuestión de la tierra, en particular, haremos una breve introducción antes de adentrarnos en los conceptos específicos del Convenio. Para el derecho romano los atributos son *ius utendi* (alude a la tenencia física o material del bien), *ius fruendi* (se refiere a la obtención de los frutos o productos naturales y civiles de la cosa), *ius abutendi* (es la facultad de disponer libremente de la cosa, venderla, constituir una garantía sobre ella o cualquier otro acto de disposición), y pueden converger o existir por separado atendiendo a las limitaciones al derecho de dominio que se impongan. Cuando convergen, otorgan el estatus de plena propiedad. Estos tres atributos "constituyen elementos comunes a todo derecho de propiedad de todo esquema jurídico enmarcado dentro de un sistema democrático liberal. Es necesario tomarlos en consideración para establecer su comparación con la propiedad en el derecho indigenista. El *ius utendi* y el *ius fruendi* están integrados al concepto de propiedad indígena, pero ¿podríamos decir lo mismo del *ius abutendi* o facultad de disponer del bien? En torno a este atributo es posible establecer una diferencia inicial con el régimen civil: la posibilidad de disponer del bien en cuanto a su enajenación está limitada por el ordenamiento jurídico (Const., 1991, art. 329) y por la voluntad colectiva de la comunidad" según Sirtori Tarazona en un interesante y reciente trabajo, junto a otros coautores, estudian las diferencias en los regímenes de tenencia de la tierra en Colombia en el artículo "Propiedad privada y territorio indigenista: la dicotomía individualismo-colectivismo". Allí señalan el carácter inalienable de la propiedad indígena resaltando que "riñe con el espíritu esencialmente liberal del derecho de dominio, el cual desde sus orígenes romanos fue concebido absoluto. Todo esto sirve para significar que, aunque la propiedad privada y la indígena son instituciones similares, no son equivalentes en cuanto a sus efectos y elementos conceptuales". Para clarificarlo, refieren a un artículo de Asier Martínez de Bringas, de la Universidad de Barcelona, que dice "el problema que se plantea de fondo es que la propiedad dispone de un régimen legal propio que expresa determinados valores culturales; el fundamento y las consecuencias que se derivan del mismo responden a un patrón cultural determinado. Por ello, la propiedad privada es una institución jurídica que a priori presenta serios problemas de compenetración con el sentido indígena de hábitat. Existe una disfuncionalidad de raíz en este debate intercultural puesto que la apropiación táctica de ciertos sentidos y consecuencias de la propiedad por parte de los pueblos indígenas supone forzar los sentidos de una institución hasta su desvirtuación y deformación, lo que invierte y hace problemático el pacto intercultural. Así, mientras el derecho occidental construye el concepto de propiedad a partir de las posibilidades que otorga el derecho civil, los sistemas normativos indígenas construyen el concepto de territorio intrínsecamente adosado al concepto de pueblo (indígena), pero desde las posibilidades que otorgan derechos políticos públicos, como la autonomía, condición de posibilidad para gestionar soberanamente los territorios indígenas".

Para ver los avances legislativos en la materia, vamos a hacer un brevísimo repaso por la legislación nacional en materia indígena de los últimos cuarenta años.

Entre 1984 y 1985 el Congreso de la Nación se abocó al estudio de la cuestión, sancionando la Ley 23.302, conocida entonces como "Ley De la Rúa" por haber sido su autor quien más adelante fuera Presidente de la República, entonces Senador por la Ciudad de Buenos Aires. La norma, en ese entonces, adecuaba la legislación en materia de tierras a lo prescripto por el Convenio 107 de la OIT. En su artículo 11 se disponía que debía reconocerse el derecho colectivo o individual de

propiedad de las poblaciones indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas. Esta fórmula es la que establece una excepción a la regla de la propiedad privada de nuestro ordenamiento jurídico ya que "El proyecto establece también que la propiedad pertenece a la comunidad y que los integrantes de ella comparten los beneficios de la propiedad de la tierra y su explotación. Quien se retira de ella pierde sus derechos; quien se mantiene incorporado, goza de ellos. Y para las relaciones jurídicas, de acuerdo con los sistemas vigentes de nuestras leyes, nos remitimos en forma subsidiaria al régimen del cooperativismo, que se funda en el mismo principio de solidaridad que inspira a las comunidades aborígenes", según decía el autor en el debate en el Senado. La forma cooperativa de las tierras sería un ejemplo de propiedad y administración colectiva y de conducción democrática de su manejo. De ahí también que se estableciera la enseñanza tanto teórica como práctica del cooperativismo, esencial para la buena administración de los bienes acorde a la legislación nacional.

Como ya mencionáramos anteriormente, la Ley 24.071 aprueba el Convenio 169 de la OIT, objeto central de este proyecto, pero que es un eslabón en la legislación en materia indígena.

La Ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional, establece en su artículo 3º, inciso LL la "Adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizarla identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas" por vía de la reforma del Art. 67, inciso 15 del viejo texto. Con esa habilitación de tratamiento llegamos a tener hoy el artículo 75 con sus incisos 17 y 22 que han reconocido la preexistencia étnica y cultural, garantizan el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocen la personería jurídica, regula la entrega de tierras y aseguran la participación en la gestión de sus recursos naturales y sobre los temas que los afecten. Estos temas surgen como la asimilación y evolución de las políticas de la Ley 23.302 que, a su vez, era una modernización del viejo convenio 107 de la OIT, como ya fuera mencionado.

Recién iniciado el nuevo siglo, en 2001, la Ley 25.517 dispuso que debían ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamaran, los restos mortales de integrantes de pueblos, que formaran parte de museos y/o colecciones públicas o privadas.

En el año 2006 se sancionó la Ley 26.160, por su parte, declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país con personería jurídica inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, en organismo provincial competente o las preexistentes.

Dos años después, con la sanción de la Ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, tendremos nuevamente el tema de las tierras garantizado por el artículo 18, que dice "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional".

Tiempo después, en 2014 se sancionó la Ley 27.118 que declara de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena, texto en el que se reconoce el buen vivir como un objetivo de la legislación nacional, entre otras cosas.

Esta breve y no exhaustiva síntesis nos muestra cuáles han sido las preocupaciones por la cuestión indígena en estos últimos años. Es innegable que el Poder Legislativo ha tenido un rol activo en las discusiones de fondo y ha resuelto buscar una igualdad tangible y práctica para las comunidades indígenas con el pleno de la ciudadanía evitando las discriminaciones de cualquier tipo. Creemos que la declaración de la jerarquía constitucional para el Convenio 169 es el último jalón en esta rica historia de afianzamiento de derechos.

Por estas razones es que solicitamos a nuestros pares que nos acompañen con la aprobación del presente proyecto de ley.