

**XVI JORNADAS Y
VI INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2020
Corrientes -
Argentina

XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política-UNNE : 2020 Corrientes-Argentina /
Mirian Beatriz Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. -
1a ed compendiada. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2020.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-987-619-372-6

1. Comunicación Científica. I. Acosta, Mirian Beatriz. II. De Bianchetti, Alba Esther,
comp.

CDD 340.115



ISBN N° 978-987-619-372-6

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

moglibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2020

PUEBLOS INDÍGENAS Y PROPIEDAD COMUNITARIA DE TIERRAS EN LA PROVINCIA DEL CHACO

Zalazar, María L.
marialuisazalazar@gmail.com

Resumen

El trabajo aquí presentado plantea reflexiones sobre la tesis doctoral defendida denominada El Concepto de Derecho Subjetivo de Propiedad en el Ordenamiento Positivo Vigente y El Derecho Consuetudinario del Pueblo Qom. Un Análisis de conceptos jurídicos; en la que se analizó la consecuencia teórica de la Reforma Constitucional de 1994, y de los Tratados, Convenciones y Declaraciones Internacionales reconocidos en ella, que hacen referencia a una nueva categoría de derecho de propiedad: la categoría de derecho colectivo a la propiedad de tierras de los Pueblos Indígenas. Tuvo como aporte teórico analizar si esta nueva categoría está normativizada o está expresada como principio.

Palabras claves: Constitución Nacional, Dworkin, Derecho a tierras

Introducción

En el año 1994 la Constitución Argentina sufrió una modificación. Con esta modificación se reconoció por primera vez en la normativa Argentina a través del artículo 75 inciso 17 el derecho de los pueblos indígenas a la preexistencia étnica y cultural (...) 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 afectan. La Constitución Nacional a partir del año 1994 generó un cambio, el de un sistema jurídico diferente, se estableció por primera vez en nuestro país relevancia constitucional al derecho de —propiedad comunitaria de tierras y con ello se sentaron las bases para una nueva categoría del derecho de propiedad.

Materiales y método

Se trabajó con distintas metodologías, se efectuó un estudio documental, se realizó análisis comparativo y exhaustivo de Convenciones, Declaraciones y Tratados internacionales de Derechos Humanos haciendo un recorte a partir de la relación directa con el objeto de la investigación. Se elaboró una selección de casos denominados leading cases referidos al derecho colectivo de propiedad de territorios indígenas estudiando en particular jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Provincia del Chaco siempre teniendo al problema de investigación como referencia para la justificación del recorte temático, esto es, la propiedad colectiva de las tierras y los territorios de los Pueblos Indígenas en la Provincia del Chaco en Argentina a partir de 1994, fecha en que la Constitución Nacional reconoció la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas de la Nación. Por otro lado, el trabajo de análisis de conceptos fundamentales para la elaboración de la presente tesis se realizó a través del método dado por el análisis del discurso y finalmente se utilizaron herramientas dadas por la metodología hermenéutica para la contextualización de algunas ideas centrales de la tesis.

Así este trabajo se nutre de elementos sociológicos, filosóficos, antropológicos, historiográficos y políticos que sirven para describir de forma integral el estado actual de la relación de los Pueblos Indígenas del Chaco con el derecho colectivo a los —la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, tal como surge de la Constitución Nacional.

En este sentido se han analizado los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaraguall, —Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguayll, —Comunidad Yakye Axa vs Paraguayll, —Comunidad Moiwana vs. Surinamll, —Saramaka vs. Surinamll, —Medidas cautelares en el Caso de la represa de Bello Monte en Brasil y los fallos de los tribunales de la Provincia del Chaco —Leiva Epifanioll, —Comunidad la Tigral y Reserva Grandell. En todos ellos, de forma unánime se ha resuelto reconociendo el derecho colectivo de propiedad a las tierras de los Pueblos Indígenas.

Resultados y discusión

Luego de un análisis exhaustivo del tema se observó que hay diferencias importantes entre el derecho de propiedad entendido como derecho real, en el sentido tradicional del Derecho Argentino, que se encuentra reflejado en el Código Civil y Comercial en la parte referida al capítulo de derecho subjetivo de propiedad, y esta nueva categoría de derecho de propiedad, entendido como un derecho colectivo y como un derecho humano. Esto ha sido reflejado por los teóricos, por los Tratados, Convenciones y Declaraciones internacionales y los fallos estudiados.

Los tratados internacionales, la Constitución Argentina, la Constitución de la Provincia del Chaco y las normas derivadas, han receptado esta nueva categoría de derecho de propiedad como principios y no como normas.

La reforma de la Constitución de 1994 incorporó principios como derecho interno y en ese momento generó una desarticulación que resultó del hecho de que estos principios no son normas operativas. Esta reforma constitucional generó un cambio más profundo que el legal, un cambio referido a la teoría del derecho. Implicó que existan derechos nuevos, no normativizados pero que en el devenir de la actividad judicial se los consideró como tales. En concreto la reforma constitucional de 1994 creó una nueva categoría de derecho de propiedad, la de propiedad indígena a las tierras pero con la dificultad teórica legal de que tal derecho no está normativizado.

Esto nos enfrenta a resolvernos entre dos posturas referidas a los sistemas jurídicos y el derecho. La primera consistiría en asumir que el derecho no sólo se compone de normas sino también de principios -esta tesis podría sostenerse a partir de que en la práctica judicial se ha tomado a los principios como normativa vigente- con todas las consecuencias teóricas y prácticas que esto implicaría.

La segunda consistiría en negar que estos principios constituyan normas del sistema jurídico, en cuyo caso los jueces estarían dictando fallos que no tienen base en normas vigentes y consecuentemente ocupando un nuevo rol como creadores de derecho, como fuentes de derecho, lo que también implicaría grandes consecuencias teóricas y prácticas referidas al rol de los jueces en el derecho.

El nudo teórico estaría dado aquí por la situación generada judicialmente, se reconocen derechos no normativizados a través de fallos judiciales creando un conflicto al aceptar derechos por vía de principios cuando el mismo sistema niega que los principios puedan ser parte del sistema; se integran principios a los sistemas jurídicos negando al mismo tiempo que los principios pueden ser parte del sistema jurídico. La postura tradicional del Derecho Argentino es que el derecho está conformado exclusivamente por normas, el dilema teórico si se sigue esta línea de razonamiento es que se deberá aceptar que los jueces - aunque no tienen esa potestad por el propio sistema jurídico- estarían creando nuevas normas jurídicas con base exclusiva a los principios en pleno uso de la discrecionalidad -en el sentido que le da a esta palabra Dworkin-.

Si se tiene una visión que incluye los principios como parte del Derecho, -como es el caso de la tesis de Dworkin a la que adhiero- los Tratados Internacionales eliminarían la desarticulación de la que hablo en el punto precedente pero implicaría un cambio en nuestra cultura jurídica, un cambio en la Tradición del Derecho Argentino. Si se adhiere a esta postura sobre el derecho se le estará dando a las normas, los principios y los jueces un rol diferente al que tradicionalmente han ocupado.

Mi tesis sostiene que con la reforma constitucional de 1994, el propio Estado Argentino ha sentado un cambio más profundo que el normativo, cambio que fue ratificado con las decisiones judiciales, este cambio hizo que el Sistema Jurídico Argentino ha incluido dentro del propio sistema a los principios y por consiguiente ha dado a los jueces un rol de interpretación más amplio que el que tenían con anterioridad, un rol con una importancia que se acerca más al derecho anglosajón que al derecho continental.

En el Derecho Argentino, tradicionalmente se ha tenido la idea de que la función primigenia del juez es —interpretar las normas conforme la tradición jurídica romanista. En la perspectiva anglosajona, el derecho es siempre hecho y aplicado por el juez; en el sentido estricto del término y la jurisprudencia en lugar de crear el derecho revela una regla preexistente -regla preexistente en el sentido de que el juez no sale del sistema jurídico sino que encuentra la solución dentro de él-.

Asumir que existen principios que forman parte del sistema jurídico genera un cambio en el rol de los jueces, una especie de hibridación del derecho entre ambas tradiciones, la del derecho romano germánico y la del common law, en el que los jueces tienen una actividad mucho más protagónica, y se plantea por tanto un dilema ius filosófico referido al abandono al menos parcial del derecho romano germánico por la introducción de elementos del common law, que está en la base de mi trabajo.

A esta descripción se suma la actividad que los jueces han desarrollado, actividad que quedó evidenciada a través de diversos fallos, en el caso de los fallos de la Provincia del Chaco que se han analizado en el capítulo quinto, —Leiva Epifaniol, —Comunidad la Tigral y —Reserva Grande por unanimidad se le ha reconocido a las comunidades reclamantes el derecho de los Pueblos Indígenas a la propiedad de las tierras como un derecho colectivo y humano.

En consecuencia, se refuerza el argumento que estoy desplegando referido a que el Sistema Jurídico Argentino ha adoptado como parte del mismo sistema a los principios ya que de ninguna otra manera diferentes conformaciones de tribunales, en diferentes situaciones, con diferentes actores resolverán en un mismo sentido, esto es reconociendo la existencia del derecho de propiedad colectivo de los Pueblos Indígenas sobre las tierras. Por tanto, seguir la tesis de Dworkin referida a que los sistemas jurídicos están compuestos tanto de normas como de principios permitiría comprender el comportamiento de los jueces.

Conclusión

Es por todo lo expuesto, que afirmo, que se establece una nueva categoría de derecho de propiedad al incorporar el artículo 75. inciso 17, 22 y 24, y a través del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que establece nuevas dimensiones y elementos referidos al derecho de propiedad indígena de tierras. Finalmente se debe señalar el inconveniente práctico legal de la cuestión teórica: la eficacia de la ley se ve comprometida ya que solamente quienes tienen efectivo acceso a la justicia, aquellos colectivos indígenas con recursos económicos y humanos formados legalmente o en gestión política y social pueden hacer valer sus derechos ya que sin tales recursos no sería posible acudir ante los estrados judiciales, - incluso como se vió en el análisis de jurisprudencia de esta tesis, las comunidades de diferentes Pueblos Indígenas han debido acudir a estrados internacionales- para el reconocimiento efectivo del derecho colectivo a tierras del que en principio legalmente gozan.

Por este problema de eficacia de la ley, los conflictos diarios a los que los Pueblos Indígenas se ven sometidos en relación a sus tierras que no sean sometidos a juicio quedarán sin resolver, silenciados y para el Estado serán inexistentes, impidiendo el efectivo ejercicio del derecho colectivo a tierras de los pueblos Indígenas; esto refuerza aún más la inequidad en la que viven los Pueblos Indígenas en Argentina.

Referencias bibliográficas

DWORKIN, R. (1999). Los derechos en serio. Barcelona, España. Editorial Ariel.

DWORKIN, R. (2012). Una cuestión de principios. Ciudad de México, México. Siglo XXI Editores.

Ley No 24.430, Constitución Nacional Argentina (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), 1994.

Filiación

Tesista Doctoral. Integrante de GID en Estudios Críticos Pluralismo Jurídico y Minorías Culturales.