

**LOS DERECHOS DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ARGENTINOS.
LOS ENIGMAS DE UNA SENTENCIA**

*Comunicación de la académica de número María Angélica Gelli
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 9 de junio de 2021*

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de dicha publicación, ni la de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas
Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049 (1014)
Buenos Aires - República Argentina
www.ancmyp.org.ar
ancmyp@ancmyp.org.ar

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2021 / 2022**

Presidente Académico Alberto DALLA VIA
Vicepresidente Académico Luis Alberto ROMERO
Secretario Académico Julián A. de DIEGO
Tesorero Académico Ricardo LÓPEZ MURPHY
Prosecretaria Académico María SÁENZ QUESADA
Protesorero Académico Rodolfo A. DÍAZ

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Jorge R. VANOSSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
René BALESTRA	14-09-05	Esteban Echeverría
Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Juan Vicente SOLA	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Carlos Pedro BLAQUIER	27-08-08	Nicolás Matienzo

Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Santiago KOVADLOFF	14-04-10	Estanislao Zeballos
Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Marita CARBALLO	26-10-11	Roque Sáenz
Peña Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Eduardo Martín QUINTANA	26-10-11	Vicente López y Planes
María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Héctor AGUER	10-09-14	Ángel Gallardo
Horacio JAUNARENA	10-09-14	Mariano Moreno
Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda
Marcos AGUINIS	24-08-16	Benjamín Gorostiaga
Ricardo LÓPEZ MURPHY	24-08-16	Miguel de Andrea
Carlos Fernando ROSENKRANTZ	09-10-19	Manuel Belgrano
María SÁENZ QUESADA	09-10-19	Justo José de Urquiza
Julián A. de DIEGO	09-10-19	José María Paz

LOS DERECHOS DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS ARGENTINOS. LOS ENIGMAS DE UNA SENTENCIA

Por la académica DRA. MARÍA ANGÉLICA GELLI

1. Un problema, varios problemas

Dos organizaciones indígenas del sur de la República Argentina, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena del Neuquén plantearon una controversia judicial acerca del aseguramiento de los derechos que según los demandantes les reconocería el Art. 75, Inc. 17 de la Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT y que, tal como adujeron, la Provincia del Neuquén habría violentado. El conflicto llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de un recurso extraordinario en el que el Tribunal debió resolver la disputa.

El problema concernía a la creación del municipio de Villa Pehuenia dispuesta por la legislatura neuquina en territorios que los Mapuches Catalán consideraban propio sin que, previamente, se hubiera consultado o requerido la participación de esa Comunidad en la nueva organización municipal. El derecho reclamado por la actora a fin de que se anulara la creación del Municipio se sustentaba, en primer lugar, en la atribución conferida al Congreso por el Art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional de asegurar la *participación* de los pueblos indígenas argentinos en la gestión referida a sus recursos naturales y en los demás intereses que los afecten. A más, los demandantes conside-

raron que la ley de creación del municipio había omitido “reconocer su preexistencia étnica y cultural”.¹

El litigio, espinoso, arduo de resolver ya que en el caso de prosperar podía implicar la eliminación del municipio generaba, además, un problema mayúsculo porque la estructura y organización del ente local estaba en marcha en el momento en que la Corte Suprema tomó la decisión.

Es cierto que en toda controversia judicial existe un problema a solucionar más o menos grave, con mayores o menores consecuencias personales o institucionales. Así sucede en todo conflicto entre intereses encontrados, por más legítimos que sean unos u otros.

Pero los derechos reconocidos por la Ley Suprema a los pueblos indígenas argentinos originan varios otros problemas a resolver, ligados entre sí, que van más allá de las controversias concretas y específicas que se exponen ante los tribunales. En primer lugar, el de la identificación de los pueblos indígenas argentinos y cómo determinarla, con cuáles elementos caracterizarla, por un lado y, por el otro, el de la delimitación de las “tierras que tradicionalmente ocupan” para garantizar sobre ellas la posesión y propiedad comunitaria, cuidando de no afectar en el proceso los derechos de terceros. Cuestión no zanjada por la Constitución reformada en 1994 y que, por tanto, debe de resolver el Congreso de la federación de manera concurrente con las provincias. La competencia concurrente de las provincias en estos asuntos fue dispuesta de modo expreso en el último párrafo del Art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional.

En segundo lugar —y esto tiene una trascendencia institucional significativa— porque en el reconocimiento de derechos singulares a los indígenas y a los pueblos indígenas argentinos en la Constitución Nacional, los primeros y los segundos obtuvieron un status diferenciado de los demás ciudadanos y habitantes del país. En el establecimiento constitucional de un estatuto para un colectivo de personas —pueblos indígenas argentinos— subyace una cuestión mayor, a más de la referida a la igualdad, acerca del impacto y los efectos de ello en la Nación

¹ Cf. I. del dictamen de la Procuradora General del 8 de septiembre de 2014 en “*Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad*”. CSJ 1490/2021 (47-C)/CS1.

argentina. Y, en especial, en el sentido y significado del término «nación», expresión recurrentemente mencionada en la Ley Suprema.

En efecto, desde el Preámbulo de la Constitución que principia por enunciar como uno de los sujetos del poder constituyente al “pueblo de la Nación Argentina”, hasta el último de los artículos de la Ley Suprema —el 129 acerca de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires— y en varias de las cláusulas transitorias, se emplea la palabra «nación». La mayoría de las veces, es cierto, la expresión se identifica con el concepto de Estado. Esta identidad tiene un sentido específico y va en la dirección de aquella tan reiterada definición —hasta en los libros escolares— acerca de que *el Estado es la nación jurídicamente organizada*. En este último sentido común, no obstante, debe tenerse en cuenta que la expresión refiere al Estado-nación, una experiencia histórica específica.

En la Argentina, aunque no solamente en el país, el término «nación» está unido a una aspiración —¿un sueño, quizás? la de «constituir la unidad nacional», tal como dispone el Preámbulo de la Constitución argentina.

Aunque desde una visión crítica acerca de si en América —Hispanoamérica para él— las sociedades constituyen verdaderas naciones, Julián Marías constata el hecho de cuánto se utiliza el término nación o sus derivados en los países independizados de España: Universidad *Nacional*; Banco de la *Nación*; moneda *nacional*; un periódico denominado *La Nación*.² Pero no solo la semántica denota el arraigo de la expresión. Existe coincidencia acerca de que el término implica una cierta homogeneidad cultural —creencias, en algunos casos religiosas—, idioma, tradiciones, una historia que se reivindica común— traducida en asentimientos y símbolos de identificación más o menos poderosos.³

² Cf. MARIAS, Julián —*Sobre Hispanoamérica. Con varias meditaciones argentinas*— EMECE Editores. Buenos Aires. Argentina, 1973, pág. 28. Analicé la cita y el examen del concepto de nación que se emplea en el Preámbulo y en el art. 1º de la Constitución argentina en GELLI, María Angélica —*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Tomo I. Quinta Edición, ampliada y actualizada. 1ª Reimpresión. La Ley, Buenos Aires, septiembre de 2018, pág. 6, (en especial nota 11) y pp. 24/25, respectivamente.

³ Paradigmas de la defensa a ultranza de esas identidades, por ejemplo en el uso del idioma, puede verse en el País Vasco y en Cataluña, en España, separatistas en lucha armada o separatistas mediante dispositivos jurídicos.

No obstante, ese anhelo de unidad nacional no impidió disponer ya desde el Preámbulo de la Constitución una de las invitaciones más generosas a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, asegurando libertad e igualdad de todos ante la ley.⁴ Esta igualdad de la Constitución histórica de 1853/60 que permanece en el texto vigente de la Ley Suprema, aunque formal, no significa ni reclama asimilación de los extranjeros a la cultura prevaeciente, solo exige respeto por la Constitución y obediencia a las leyes del país. Sin embargo, la entonces educación primaria aseguraba la expansión del idioma de los hijos a los padres y el conocimiento de una historia común.

Precisamente, el resguardo de los derechos de un extranjero por su pertenencia a los *Testigos de Jehová* se propició por quien fuera miembro de número de la Academia de Ciencias Morales y Políticas —Mario Justo López— en su calidad de Procurador General quien se refirió también al concepto de nación. Expresó el doctor López en su luminoso dictamen que “Las naciones son, todavía, las grandes protagonistas de la historia, más allá de los individuos, los grupos, las clases e, incluso, las ideologías. Y para que un conglomerado humano se convierta en Nación es necesario, como afirmada Renán, «poseer glorias comunes en el pasado, una voluntad común en el presente, haber hecho grandes cosas juntos y querer hacerlas todavía», o, como sostenía Ortega y Gasset, «la obra gigantesca que tenemos que hacer, que fabricar

En Argentina, el valor de esa identidad a partir de los símbolos llevó a que un partido político —por definición, una parte de la sociedad— se apropiara a fines de 1940 y comienzos de 1950 del escudo nacional en una réplica similar para la propia identificación partidaria y, en el siglo XXI, creara la sede de una línea partidaria a la que denominó “Instituto *Patria*”. Otra apropiación de los símbolos patrios corrió por cuenta de una artista que en la recordación del 25 de Mayo celebrado en la Provincia de Santa Fe, mudó la letra del Himno Nacional Argentino incluyendo dos frases de su cosecha; “las libres del mundo responden” y “juremos con gloria vivir”. Antes las críticas recibidas la cantante explicó que con la primera frase quiso incluir a las mujeres en referencia a la libertad que, a su juicio, habían obtenido por la sanción de la ley de admisión del aborto en el país y, con la segunda, a fin de apostar a la vida en tiempos de pandemia. Como se advierte, el símbolo fue apropiado para fortalecer determinadas concepciones, en algunos casos, propias de minorías intensas. Cf. el análisis crítico del diario *La Nación* —El respeto de los símbolos patrios— Buenos Aires, 4 de junio de 2021.

⁴ Cf. en especial, Art. 14, 16 y 20 de la CN.

con nuestras voluntades y con nuestras manos; en fin, la unidad de nuestro destino y de nuestro porvenir»⁵.

Pues bien, el valor de ese ideario, de esas aspiraciones hacia la unidad con respeto de las libertades de todos acogió una amplitud mayor en 1994. En síntesis, la reforma constitucional más legítima de la historia argentina consagró una ley que une —la Constitución Nacional— en la diversidad, en la pluralidad social. Un ideario riquísimo, no exento de dificultades muy problemáticas en su concreción.

2. Acerca de los pueblos indígenas argentinos en el reconocimiento constitucional

Antes de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con el anterior Art. 67 inc. 15, correspondía al Congreso:

“Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Acaecidas las enmiendas constitucionales de 1994 se establecieron las atribuciones del Congreso en el Art. 75; acerca del anterior inciso del entonces Art. 67 se conservó la de proveer a la seguridad de las fronteras en el nuevo inc. 16, y se eliminó el resto de la disposición transcripta; en el novel inc. 17, como se verá, se dispuso el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; los derechos de los indígenas y de los pueblos indígenas y, en el párrafo final, como se adelantó, se introdujo la competencia concurrente de las provincias para ejercer las atribuciones del Poder Legislativo sobre esta materia.

⁵ Sostuvo lo transcripto en el texto y dictaminó “...que la pretensión de considerar la pertenencia a la secta de los Testigos de Jehová como fundamento de la presunción de que el amparado pueda comprometer la seguridad nacional o el orden público, en los términos del art. 25, inc. g del dec. 4418/65, configura un manifiesto apartamiento de la norma superior”. En consecuencia opinó que debía hacerse lugar al amparo del actor a fin de que pudiera permanecer en el territorio del país. Cf. dictamen del Procurador General en el caso “*Carrizo Coito, Sergio c/Dirección Nacional de Migraciones*”. Fallos 302: 604 (1979).

La norma derogada acerca de los mal denominados «indios» contenía dos disposiciones. Una, referida al trato pacífico con ellos. Este precepto parecía considerarlos miembros de una comunidad ajena a la nacional, con la que se quería convivir en paz. Por ello, el hecho de que la frase siguiera a la atribución del Congreso de disponer la seguridad de las fronteras podría indicar el reconocimiento de un límite entre el Estado argentino y aquellos indígenas. Interpretación discutida al afirmarse que el “inciso se refiere a las fronteras consideradas tanto desde el aspecto interno como del internacional”.⁶

Como quiera que sea, antes de la sanción de la Constitución histórica de 1853, pueden recordarse a título de ejemplo las relaciones pacíficas y hasta cierto punto armónicas y consensuales del máximo prócer argentino —el Libertador José de San Martín— y, más tarde, las del gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, con diferentes tribus indígenas. En el caso del Padre de la Patria, recogida de su propia experiencia, cabe anotar el *parlamento* con los indios Pehuenches de 1816, reunión que lució en su sentido de conversar y acordar condiciones ante el pedido del primero “para permitir el paso del ejército patriota por *su territorio* [el ocupado por los indios], a fin de ir a atacar a los españoles de Chile”. El parlamento duró cuatro días y, según se consignó, a fin llegar a acuerdos e intercambiar regalos, la “discusión fue muy interesante: todos hablaron por su turno, pero sin interrumpirse, y sin que se manifestase en ninguno de ellos la menor impaciencia; exponiendo su opinión con una admirable concisión y tranquilidad”.⁷ Por su lado, Rosas —aunque no solo él— mantuvo el criterio de procurar relaciones pacíficas con los indios y ante el incumplimiento de las condiciones fijadas en otro parlamento por parte de Rivadavia alegando los gastos de guerra, las reanudó en julio de 1827.⁸

⁶ Cf. ZARINI, Helio Juan —*Constitución Argentina. Comentada y concordada*-ASTREA. Buenos Aires, Argentina. 1996. Pág. 289.

⁷ Cf. Todo es Historia —*Así contaron la Historia. San Martín y los indios*— Revista fundada y dirigida por Félix LUNA. Año I. N° 4. Buenos Aires, agosto de 1967. Pág. 55 y ss. (Bastardillas agregadas). Agradezco a la historiadora y académica María SÁENZ QUESADA la generosidad con que me permitió acceder al ejemplar de la revista Todo es Historia que he citado.

⁸ Cf. ROSA, José M. —*Historia Argentina*. Tomo IV Unitarios y Federales, Oriente, Buenos Aires, Argentina, 1974, pág. 175.

Pero la cuestión más controversial fincaba en la segunda norma derogada, la que disponía la conversión de los indios al catolicismo. En efecto, de esta disposición parece emerger una discriminación odiosa, violatoria del principio de igualdad establecido en el Art. 16 de la Constitución Nacional pues sobre ningún otro grupo o comunidad de personas se había previsto algo semejante a fin de que cambiaran sus creencias por cuenta del Estado. Y, ello, a más de desconocer la libertad religiosa garantizada a todos los habitantes de la Nación en el Art. 14 de la Ley Suprema. Aunque en el ideario de los convencionales de 1853 el catolicismo podía considerarse una cosmovisión de inclusión social, la norma estaba teñida de autoritarismo y paternalismo, incompatibles con el estado liberal.

Debe señalarse que en la reforma constitucional de 1949 —ya derogada—, también se suprimieron las dos disposiciones: la de conservar, por parte del Congreso, el trato pacífico con lo indios y la de promover la conversión de ellos al catolicismo, pero nada se dispuso sobre los indígenas argentinos, sus comunidades y sus derechos o las reparaciones que se les debían.

En cambio, en 1994, las reformas sobre la cuestión indígena fueron sustantivas. En ese sentido el Art. 75, inc. 17 dispuso:

“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 embargo. 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.”

La declaración de la primera frase del artículo transcrito constituye un reconocimiento histórico de la existencia étnica y cultural de

los pueblos indígenas argentinos. Es decir de quienes vivían en lo que hoy es el territorio nacional, previamente a la constitución del Estado. No se trata, en consecuencia, solo del registro sociológico de la identidad étnica y cultural indígena, tal como propuso el dictamen de minoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías en la Convención Constituyente, sino de la preexistencia de esas comunidades. Pero con un señalamiento, una afirmación acerca de la argentinidad de esos pueblos. Dicho de otra manera, la declaración constitucional admite la pluralidad social de identidades diversas que forman parte de un único Estado, indivisible y sin derechos de secesión.

La norma instituye una reformulación del significado de igualdad formal y de propiedad que deben coexistir con un estatus específico establecido para las comunidades y los derechos especiales para sus integrantes entendidos, estos últimos derechos, como reparación y resguardo de las culturas ancestrales, antes que privilegios. Esto implica que en el desarrollo legislativo de derechos y garantías de los indígenas argentinos no deben violentarse derechos de otros habitantes del país, también protegidos por la Constitución Nacional.⁹

Del haz de problemas que presenta la interpretación del artículo nuevo y la aplicación eficiente de sus disposiciones a más de la arriba indicada deben señalarse dos. Una de ellas referida al alcance de la participación de las comunidades indígenas en la gestión de sus recursos naturales y los demás intereses que los afectan, cuestión central, esta última, en la sentencia en “*Comunidad Mapuche Catalán*” y, la otra, acerca de las atribuciones concurrentes entre el Estado Nacional y las provincias argentinas en estos asuntos conflicto presentado, también, en un precedente de la Corte Suprema.¹⁰

⁹ He examinado esta cuestión que es compleja de resolver, en especial en los casos en los que el Estado prorroga leyes sin plazo de finalización razonable en orden a la determinación de la posesión y propiedad indígena sobre las tierras que tradicionalmente ocupan en GELLI, María Angélica — Obra citada en nota 2, Tomo II, pág. 223/231, ver nota 2.

¹⁰ Cf. “*Neuquén, Provincia del c/Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social — Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/Impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza*”. CSJ 229/2006 (42-N) CS1. Originario. Fallos 341:1148 (2018). En la controversia debía determinarse si las autoridades nacionales, al registrar la personería jurídica de comunidades indígenas, habían hecho uso de atribuciones que corresponden a la Provincia del Neuquén de manera concurrente con la Nación sin la participación de las autoridades locales.

La Corte Suprema por unanimidad en la decisión y mayoría de fundamentos, en voto con-

Por otro lado y como se advierte de la lectura del Art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, en esta disposición no se garantiza de manera expresa el derecho de consulta a los pueblos indígenas argentinos. Este derecho fue reconocido por una Convención internacional aprobada y ratificada por la República Argentina, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.¹¹ Aunque puede coincidir con que el derecho de consulta forma parte del derecho de participación en la gestión de los intereses que los afectan. Sin embargo, y como se verá, la cuestión radica en determinar el alcance del derecho de consulta acerca de cuales temas deben consultarse y el efecto de la consulta.

3. Los pueblos indígenas y tribales en el Convenio 169 de la OIT

Conviene precisar que en la República Argentina el Convenio 169 de la OIT tiene jerarquía superior a las leyes pero no está a la par ni por encima de la Constitución Nacional o de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, según lo dispuesto por el Art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema. En consecuencia, el Convenio integra el bloque federal al que deben de *conformarse* las provincias tal como lo estableció el Art. 31 de la Constitución Nacional, con esa jerarquía entre fuentes normativas.¹²

Del Prólogo del Convenio 169 de la OIT considero relevantes tres párrafos. Partiendo de lo que se estima fueron los “cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas

junto de los jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA y ROSENKRANTZ resolvió que “son tanto la autoridad local como la nacional quienes cuentan con la jurisdicción concurrente para decidir sobre el registro y reconocimiento de las comunidades que se encuentran asentadas en el territorio provincial, función esta que debe ser cumplida con la debida adecuación a las normas superiores del ordenamiento federal”. En consecuencia, el Tribunal declaró la nulidad de las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), “dictadas sin participación ni conocimiento de la Provincia del Neuquén...y sin respeto a los poderes concurrentes de la provincia en la materia...”. Cf. consid. 11.

¹¹ Convenio firmado por representantes de gobiernos, de organizaciones de empleadores y de trabajadores en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1989. Fue aprobado por la República Argentina mediante la ley 24.071 (B.O 14/4/1992. Fue ratificado el 17/4/2000.

¹² La señalada en bastardilla es la expresión que utiliza la Constitución Nacional.

las regiones del mundo” aconseja “adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de *eliminar la orientación hacia la asimilación* de las normas anteriores”.¹³ Como se advierte, lo que muda, por lo menos en la declaración formal, es el modelo de relación entre los Estados y los pueblos indígenas y tribales. No se trata ya de la incorporación a la cultura —normas sociales y morales, creencias, comportamientos, símbolos de una historia en algún punto y momento de su desarrollo común— prevaleciente en los países que aprobaron el Convenio sino del respeto de la identidad cultural de esos pueblos. Si se compara este paradigma con el que parecía emerger del anterior Art. 67, inc. 15 de la Constitución argentina, transcripto más arriba, y la interpretación que he sugerido acerca de que la atribución del Congreso Nacional de “proveer la conversión de ellos [los indios] al catolicismo” constituía una manera de integrarse a una cultura de inclusión social emergen, netas, las diferencias.

De ese modo el Convenio 169 de la OIT propicia no solo el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, sino su libertad en la elección de formas de vida y, eventualmente, de integración voluntaria a la cultura prevaleciente. Porque ese reconocimiento y respeto identitario no debe de ir en desmedro del goce y ejercicios de los derechos y garantías sociales, políticos, económicos, culturales establecidos para los habitantes del Estado, de acuerdo a las leyes que los reglamentan, como de hecho las normas de las constituciones y de los tratados de derechos humanos se los aseguran.

Pero la enunciación de esa coexistencias de derechos diversos en más sencilla de declarar y exponer que de aplicar en las hipótesis de contradicción entre dos cosmovisiones normativas. Por poner sólo dos ejemplos, en materia de salud si acaso costumbres ancestrales pusieran en peligro la salud de los niños o, acerca de la igualdad, si establecieran diferenciaciones irrazonables —dicho de modo directo, discriminaciones— en el trato y acceso a las mismas oportunidades para las mujeres de la comunidad que para los varones. Por cierto este problema no afecta solo a los pueblos indígenas, porque remite a la consagración o no de un catálogo de derechos humanos universales y

¹³ Bastardillas agregadas.

atemporales. Como se ha señalado, los Tratados de Derechos Humanos “constituyen un piso de protección” una enunciación mínima de resguardo de derechos que, no obstante, “habilita restricciones legislativas”.¹⁴ Esta consagración mínima de derechos en los tratados regionales o internacionales posibilita que la mayor cantidad de países los aprueben y se comprometan a cumplirlos desde el resguardo de la propia cultura y la libertad de elección. Pero, vuelo a insistir en ello, los mayores problemas se suscitan en la convivencia de culturas e idearios diferentes, pertenezcan o no a pueblos indígenas dentro del espacio territorial de un Estado.¹⁵ En efecto, la prohibición del uso del velo total islámico —el que oculta de modo integral el rostro de las mujeres— aunque su empleo origine disgusto, en especial en las demás mujeres, desata una contradicción en los países liberales: que en nombre de la libertad se restrinja una libertad e identidad religiosa aunque para justificar la prohibición de esa práctica se aluda a la necesidad de garantizar la seguridad pública.¹⁶

En el segundo párrafo del prólogo del Prólogo del Convenio 169 de la OIT se expresa una observación atinada acerca de “las aspiraciones de esos pueblos 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 de los Estados en que viven*”. La aclaración va en línea con el nombre que recibió: “Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales *en países independientes*”.¹⁷ Es decir, que los derechos se reconocen a estas comunidades sin detrimento ni mengua de la independencia o soberanía de los Estados en los que viven y en los que pueden desarrollar sus culturas en una sociedad plural bajo la unidad de un Estado y su constitución.

¹⁴ Cf. COLAUTTI, Carlos —*Los Tratados Internacionales y la reforma de la Constitución*— La Ley. Buenos Aires. Argentina, 1994 —D— 1145 y Mismo título, en formato de libro. La Ley, Buenos Aires. Argentina, 1999.

¹⁵ Recuerdo aquí, el conflicto en Francia desatado por la prohibición del uso del velo islámico en las escuelas públicas y en el espacio público. Cf. VALIENTE NOAILLES, Enrique —*Un velo sobre Francia*— La Nación, Enfoques, Buenos Aires, 15 de febrero de 2003, pág. 2.

¹⁶ Me he referido al problema en GELLI, María Angélica. Obra citada en nota 2, tomo I, pág. 239/242, ver nota 2.

¹⁷ Bastardillas agregadas.

En este sentido el tercer párrafo del Convenio reviste importancia porque en el reconocimiento de “*la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad* y a la cooperación y comprensión internacionales”,¹⁸ sienta las bases de la armonización posible en la sociedad plural, multicultural.

En suma, en la República Argentina, ni la Constitución Nacional ni el Convenio 169 de la OIT, favorecen ni amparan eventuales reclamos de soberanía, ni de secesión por parte de los pueblos indígenas argentinos, ni autorizan autodeterminación política alguna. No obstante, el Convenio sí consagra el derecho de consulta a estas comunidades en varios artículos, en dos incisos de uno de ellos, el Art. 6.1 y 2, estableciendo los principios generales. La norma en la parte pertinente dispone que:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - “a) consultar a los pueblos interesados [indígenas y tribales], mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente;
 - ...
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas “propuestas”.

En el conflicto suscitado en nuestro país por los reclamos de la Comunidad Mapuche Catalán debía interpretarse hasta dónde llegaba el derecho de consulta a los pueblos indígenas involucrados y a la participación de ellos en las decisiones institucionales tomadas por la provincia del Neuquén. Teniendo presente que la consulta no tiene valor vinculante en términos absolutos y que constituye, en sí misma, una forma de participación.

¹⁸ Bastardillas agregadas.

4. El conflicto y la cuestión esencial en “*Comunidad Mapuche Catalán*”

La trascendencia del conflicto planteado por la Comunidad Mapuche Catalán contra la provincia del Neuquén se puso de manifiesto en la cantidad y variedad de los Amigos del Tribunal que se presentaron ante el Superior Tribunal de Justicia en sede local pues, tal como se señaló, “la creación de la Villa dispuesta por la legislatura neuquina esta[ba] vinculada también con la afectación del derecho de terceros y con la organización institucional de sus habitantes, no sólo con las comunidades”.¹⁹

En efecto, si bien en muchos de los litigios judiciales que se iniciaron por diferentes comunidades o pueblos indígenas argentinos estaban comprometidos derechos de terceros con eventual protección constitucional y convencional, o con atribuciones de los estados locales o con los deberes que las provincias tienen al respecto, junto con las autoridades nacionales, en el caso “*Comunidad Mapuche Catalán*” estaba implicado nada más ni nada menos que la estructura y organización institucional, en el caso de un municipio, de una provincia y sus habitantes.

En el dictamen de la Procuradora General —cuyos fundamentos siguió la mayoría de la Corte Suprema con una excepción, según se verá— se dijo que el aspecto central del debate consistía en determinar si la Provincia del Neuquén al declarar “a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría vulneró los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, tal como están consagrados en los artículos 75, inc. 17 y 22 de la Constitución Nacional, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [acerca de lo derechos políticos de los

¹⁹ Cf. BRAVO, Paula Andrea —*Pueblos Originarios. Aportes para la construcción de una sociedad multicultural*— EDIAR. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 37. La autora registra entre los Amigos del Tribunal que participaron en la audiencia respectiva en la Provincia de Neuquén, a la Fundación Paz y Justicia, el CELS, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), la Asamblea por los Derechos Humanos (APDH), la Cámara de Turismo, Industria, Comercio y Servicios de Villa Pehuenia, la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, el Obispo de la Iglesia Católica del Neuquén, además de diversas personas por su propia representación.

ciudadanos en general]”.²⁰ Sin embargo, y aunque esta era la petición de los demandantes, el problema a resolver trascendía el caso concreto.

Si se examina el caso desde la otra faz de la controversia también estaba implicada la cuestión —permanece a futuro como problema— de los eventuales límites a los derechos reclamados por los pueblos indígenas argentinos frente a la autonomía de una provincia que, como todas, debe dictar su Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución y que asegure, entre otras obligaciones, su régimen municipal. Dicho de modo sencillo, estaba en juego la autonomía de las provincias para estructurar y organizar el poder político institucional en el territorio y, a su turno, la autonomía municipal dentro de un «*país independiente*», para emplear la terminología utilizada por el Convenio 169 de la OIT.

Porque, conviene señalarlo, del dictamen de la Procuradora General, que siguen sobre el punto la mayoría de la Corte Suprema y la concurrencia del juez Rosatti, queda claro que al citarse el Art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y como no podía ser de otro modo, para la funcionaria y el Tribunal, los integrantes de las comunidades indígenas argentinas no dejan, por ello, de ser ciudadanos del país con derechos políticos y electorales tal como se los reconoce la norma convencional citada.

5. Perspectivas diferentes e implicancias político institucionales de la sentencia

Como ya se indicó, el fallo fue emitido por mayoría en la decisión y en los fundamentos; un voto concurrente y una disidencia.²¹ El

²⁰ Cf. P. IV del dictamen de la procuradora general Alejandra GIL CARBÓ, emitido el 8 de septiembre de 2014 en “*Comunidad Mapuche Catalán*”. Aunque el juez ROSATTI emitió fundamentos propios, también votó de modo “concordante con lo dictaminado por la señora Procuradora General”.

²¹ Primer voto integrado por los jueces MAQUEDA, LORENZETTI y HIGHTON DE NOLASCO, Concurrencia del juez ROSATTI y disidencia del presidente de la Corte Suprema, ROSENKRANTZ, en “*Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad*”. CSJ 1490/2021 (47-C) / CS1. 8 de abril de 2021.

primer voto se integró con tres de los jueces del Tribunal, por lo tanto es un precedente de la Corte Suprema.

Según también se anticipó, la mayoría emitió la decisión conforme a lo dictaminado por la Procuradora General salvo una única excepción referida al mecanismo de supervisión de la sentencia. En consecuencia, con esa reserva, la opinión de la Procuradora constituyó el fundamento de decisión de la Corte.

Así pues, las trazas del problema y la concepción, diría sociológica, de la que parten el dictamen y la mayoría del Tribunal por un lado y, por el otro, los restantes votos, el de la concurrencia y el de la disidencia, exhiben particularidades con diferentes implicancias político institucionales, también en el uso de las palabras que se emplearon o se omitieron.

5.1. Análisis semántico del fallo. Palabras claves. La construcción de una realidad

Las palabras, ya se sabe, tienen más allá de su significado, distinto peso en el discurso, también en el jurídico.

Las complejidades de la interpretación son muchas, sobre todo para los tribunales de justicia que deben decidir y dar a cada quien lo suyo. El académico Vanossi lo explica, adelanta las disyuntivas que se les presentan a los jueces y traza un camino:

“Interpretar vale y equivale a explicar y declarar el sentido de un texto, para “determinar el significado y el cauce de las normas jurídicas y, más precisamente, “de la Constitución como Ley Suprema del ordenamiento vigente. Por ello, es que “el quehacer interpretativo es de sumo valor y de alta responsabilidad, a cuyo cargo “quedan los jueces al tiempo de las decisiones que serán jurisprudenciales. Y “corresponde al Tribunal imprimir la «energía jurisdiccional» que haga factible “asegurar la realización práctica de la ejecución que merece el caso en cuestión, en “tiempo debido...”

“El respeto a la legalidad constitucional aconseja —como ha acontecido en ciertas “etapas de la sociedad y del estado— que haya que acudir a una interpretación “«dinámica» de la superlegalidad constitucional, superando así las limitaciones “originarias de una modalidad «estática» y alejándose de cualquier interpretación o “modalidad «rupturista» o pretendidamente revolucionaria, que sería propiamente “un «cambio constitucional». Es preferible asumir la soltura que brinda el texto o “cláusula, para facilitar la solución que se pueda dar ante la dificultad que apremia “para evitar un quiebre o disolución”.²²

Y bien, ¿Qué dirección tomó la Corte Suprema para llegar a la resolución del caso? ¿Cómo interpretó la normativa en juego? ¿De qué cosmovisión partió acerca de la consideración que se les debe a los pueblos indígenas argentinos? ¿Se trataba de reparar indiferencias o dominaciones del pasado? ¿De conciliar intereses igualmente legítimos? ¿De armonizar culturas sin lastimar la unidad del Estado bajo una Constitución que es de todos?

Aunque lo usual es el *análisis de contenido* de los fallos judiciales, en ocasiones se puede —quizás también resulte conveniente— efectuar un *análisis semántico* de la sentencia e indicar las *palabras claves* que se emplearon porque estas pueden determinar tanto los bordes del conflicto como el sustrato ideológico del cual se parte y, por esa ruta, avizorar el futuro del precedente.

Si se realiza un análisis semántico del fallo de la Corte Suprema en “*Comunidad Mapuche Catalán*” lo primero que llama la atención es que en las referencias a los demandantes y a los derechos consagrados o vulnerados de los actores la expresión empleada es la de “pueblos indígenas” omitiendo, en esta denominación e inexplicablemente, la de “pueblos indígenas *argentinos*”.

²² Cf. VANOSI, Jorge Reinaldo —*La Constitución Nacional vigente ¿un cambio, su reforma o el cumplimiento efectivo?*— Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, República Argentina, Anales, 2020. Lo resaltado en el original.

En el fallo las menciones a los pueblos indígenas se refieren a esa denominación usada en el Art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, en la Convención 169 de la OIT —en cuyo caso se añade la de pueblos tribales—, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en relación al Estado Argentino, en la preocupación expresada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial acerca de la situación de pobreza, marginalización y escasa participación política de esos pueblos.

Por cierto, de entre todos los instrumentos indicados, solo corresponde agregar “argentinos” a los pueblos indígenas cuya preexistencia étnica y cultural reconoce el Art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y, eventualmente, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos contra el Estado argentino por estos asuntos. Pero a pesar de la cantidad de menciones a los pueblos indígenas que lucen en el fallo, al referirse o interpretar el alcance de esta disposición constitucional, existe en la sentencia una omisión semántica generalizada de la argentinidad indígena. Con la única excepción expresada en uno de los considerandos del voto en disidencia.²³

El olvido indicado resulta sonoro. Y es que uno de los tantos aciertos de la reforma constitucional de 1944 consintió en reconocer la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos dentro de un Estado soberano, único e indivisible, en la dirección que había tomado el Convenio 169 de la OIT desalentando, con ello, cualquier reclamo de secesión o de autodeterminación política por parte de comunidad alguna.

Si nos detenemos en las palabras claves o en las expresiones claves que se usaron o refirieron en la sentencia destaco cuatro: “*asimilacionistas e integracionistas*”; “*dominación cultural*”; “*autodeterminación*” y “*erosión cultural*”, esta última, por cuenta de las demandantes en la fundamentación de sus reclamos. Las elijo por lo

²³ Cf. consid. 13 del voto del Presidente de la Corte Suprema.

que significan en sí mismas, por el contexto en las que se las mencionaron y por cómo se hilaron unas con otras quizás con el propósito de construir una realidad.

En primer lugar la expresión “*asimilacionistas e integracionistas*”, fue mencionada en el dictamen de la Procuradora en dos oportunidades. Al referir que en su opinión la reforma constitucional de 1994 había dejado atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas, sostuvo que esas enmiendas configuraron un “nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural”.²⁴ Por otro lado, al afirmar que el derecho de participación especial y diferenciada acogido por el Convenio 169 de la OIT y por la Constitución Nacional tiene “como fin *revertir* la situación de desigualdad en la que se encuentran los pueblos indígenas e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones *asimilacionistas e integracionistas*, que han sido dejadas de lado por las normas federales”.²⁵ Como se advierte, ese rechazo a una tal concepción parece diseñarse en términos absolutos que, sin embargo, pueden compartirse en parte, siempre que no impliquen desatender los eventuales deseos de los pueblos indígenas argentinos por integrarse a una cultura o participar en el uso de los recursos tecnológicos o sanitarios disponibles en el país, o al aprendizaje del idioma *nacional* aunque aspiren, también, a mantener el suyo propio. Por otro lado, el reconocimiento de la identidad indígena argentina, por serlo, no debe de ir en desmedro del cumplimiento del Art. 19 de la Constitución Nacional, es decir, de obedecer el precepto de no perjudicar, de no dañar a otra persona perteneciente o ajena a la Comunidad.

Otra expresión relevante, la de “*dominación cultural*”, está ligada en el dictamen de la Procuradora al rechazo de las concepciones asimilacionistas e integracionistas porque, según opinó, en estos idearios se reconocen las secuelas de aquella dominación que, por otra parte, discurre la Procuradora, va en línea con la construcción de un Estado “definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica”.²⁶ Como se ad-

²⁴ Cf. P. V del dictamen.

²⁵ Cf. P. VII del dictamen. Bastardillas agregadas.

²⁶ Cf. P. V y VI del dictamen.

vierte, la cosmovisión expuesta matiza poco e ignora, en nuestro país, la construcción de un Estado que abría sus puertas a la inmigración, generosamente, sin amenazarla con sometimientos de ninguna especie. Recordado esto, por cierto, sin desconocer las reparaciones debidas a los pueblos indígenas argentinos, en los signos normativos y en los símbolos, por tantas exclusiones de hecho e ignorancia de su singularidad en el pasado.

También se incluyó la frase “*dominación cultural*” en la concurrencia del juez Rosatti, relacionándola con el anterior Art. 67, inc. 15 en tanto esta disposición establecía en la parte ya derogada, “la de conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Según el magistrado esta norma trataba a los indígenas “como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva” y como “objetos de dominación cultural”.²⁷

La primera afirmación de la concurrencia puede darse por probada si se toman en consideración los *parlamentos* que celebraron las autoridades de la Nación con los entonces denominados indios, con la finalidad de llegar a algún tipo de convivencia pacífica y provechosa para ambos, tal como se explicó al aludir a los parlamentos que levaron a cabo, oportunamente, San Martín y Rosas con los indios. En cuanto a la segunda aseveración, según lo entiendo, admite otra interpretación, afinando el objetivo de esa conversión religiosa que debía promover el Estado por medio del Poder Legislativo, más que de dominación de, diríamos hoy, inclusión social y en el entendimiento de que “promover” no es lo mismo que “imponer”. Aunque, como ya se anticipó, la norma debía derogarse sin duda alguna porque establecía una desigualdad de trato y, a lo menos, era paternalista.

El término más conflictivo, ríspido e inapropiado que emerge del dictamen de la Procuradora es el de “*autodeterminación*”, concebido como propio de las comunidades indígenas, quienes requerirían de las consultas previas a la creación de un municipio a fin de resguardar la *tierra* y el *territorio* que tradicionalmente ocupan, pues el incumplimiento por parte del Estado de su deber de consultar a las comunidades indígenas “puede implicar un menoscabo de su derecho

²⁷ Cf. consid. 4º de la concurrencia.

a la autodeterminación”.²⁸ En primer lugar, la expresión resulta incorrecta porque la autodeterminación aplicada a los pueblos indígenas argentinos implica una contradicción respecto a la argentinidad de ellos; en segundo término porque tal derecho no surge ni explícita ni implícitamente del Art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, ni del Convenio 169 de la OIT —más allá que, hasta ahora, este convenio carece de jerarquía constitucional.

Pero también la disidencia se ocupa del término “*autodeterminación*”. En su caso, para refutar que este derecho corresponda a las comunidades indígenas en el país.²⁹

Por fin, la frase “*erosión cultural*” es citada una vez en el dictamen y dos en la disidencia del Presidente del Tribunal, para aludir a los argumentos de las demandantes en el sentido de que la omisión de la Provincia del Neuquén de llamarlas a consulta constituye un mecanismo de esa envergadura al establecer, sin esa instancia consultiva, un órgano municipal sobre los que consideran sus territorios; “una expresión de intolerancia estatal respecto de la propia vida indígena”, al imponerle un único modelo político representativo ajeno a la modalidad asambleística que es la que practican desde siempre. La disidencia, sin embargo, rebate con sólidos argumentos esta afirmación.³⁰

Estas expresiones, en especial alguna de ellas, delimitan un entramado ideológico muy propio de estos tiempos que examina y critica el pasado con criterios del presente. Usadas como sostén de decisiones jurisdiccionales pueden extralimitar derechos, menguar obligaciones, distorsionar relaciones institucionales, generar más problemas que los que se quieren resolver.

5.2. El voto de la mayoría

Dado que el voto de la mayoría de la Corte Suprema es escueto —algo más de dos páginas— y que se emitió de conformidad con el dictamen de la Procuradora, conviene tener presente el trazado y las

²⁸ Cf. P. VI del dictamen.

²⁹ Cf. consid. 7° y 9° de la disidencia del Presidente del Tribunal.

³⁰ Cf. P. II del dictamen; consid. 3° y 12 de la Disidencia del juez ROSENKRANTZ.

huellas de las ideas que sostienen el dictamen y su impacto, diría sociológico, analizados en el punto anterior.

En esa dirección el Tribunal no se expidió de manera expresa acerca de alcance y las modalidades que debía de adquirir el derecho de consulta. Pero consideró que el estado provincial debía instrumentar una mesa de diálogo con las Comunidades a fin de asegurar la instancia consultiva como parte, así lo interpreto, del derecho a la participación de los pueblos indígenas en las cuestiones referidas a los intereses que los afectan, incluyendo entre estos intereses la creación del Municipio. Ello así porque la Corte revocó la sentencia apelada por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina e hizo lugar a la demanda que interpusieron estos actores, aunque parcialmente.

En consecuencia, la Corte Suprema, en el entendimiento de que la declaración de invalidez de las normas de creación del Municipio de Villa Pehuenia, de todos los actos celebrados por sus autoridades que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole podrían originar graves y complejas consecuencias institucionales, rechazó esa petición. Pero, no obstante la validez de las normas dictadas por la Provincia del Neuquén que declaró de modo expreso, el Tribunal convalidó, además, los actos jurídicos celebrados y que se celebraran hasta tanto el estado local adecue las normas cuestionadas a fin de que garanticen “los especiales *derechos de participación* de los pueblos indígenas”, “implemente la consulta omitida y diseñe mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de políticas y decisiones municipales que los involucren”.³¹

Por otro lado, la Corte no compartió la opinión vertida en el dictamen acerca de que la Procuración debía intervenir en el mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia. En cambio de ello, decidió que ese control debía ejercerlo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén y recibir los informes con los avances de la Mesa de Diálogo.

³¹ Cf. consid. 2° y 3° del voto de la mayoría. Bastardillas agregadas.

Vista esta decisión del Tribunal cabría interrogarse acerca de la regla establecida sobre el derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas argentinos. ¿Constituye la consulta previa un derecho preventivo —como señala la Procuradora que tampoco dictaminó la invalidez de las normas de creación del Municipio— que debe instrumentarse siempre por el Estado, antes de tomar una decisión institucional propia de las autonomías provinciales y de la soberanía de la Federación? ¿La consulta incluye estas cuestiones o se circunscribe a las decisiones que eventualmente tomen las autoridades específicas respecto a los intereses que los afecten?

Si la primera alternativa constituye el alcance de la regla, la pauta exhibe un trato desigual respecto a otros ciudadanos bajo la Constitución, un recorte insostenible de atribuciones institucionales y, por esa vía, una mudanza de la forma de gobierno y estado que fue adoptada en la República Argentina.

5.3. La concurrencia

El voto en concurrencia parte del reconocimiento de las facultades constitucionales de la Provincia para crear municipios y de la verificación de que la comunidad de pueblos indígenas vive dentro del territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites del municipio de Villa Pehuenia.³²

Por otro lado, el ministro describió el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a los recursos naturales y a los intereses que los afecten, como un *instrumento* para hacerlos efectivos. El derecho instrumental, para el ministro, implica la prerrogativa de los pueblos indígenas para ser oídos “con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural”.³³ Los determinados asuntos acerca de los que se debe formalizar la consulta incluye la creación de un municipio pues, sostiene el magistrado, su conformación supone decisiones de dos órdenes: la institucional y la

³² Cf. consid. 3º de la concurrencia del juez ROSATTI.

³³ Cf. consid. 4º de la concurrencia

territorial. Ambas, en tanto implican la estructuración de un modelo organizacional y una delimitación del territorio en el que se asientan las comunidades, con potencial para afectar los intereses de los pueblos indígenas.³⁴

De estas consideraciones surge que, para el juez, la consulta es preventiva y el efecto no es vinculante para las autoridades porque se trata de atender, de analizar las opiniones de las Comunidades para luego decidir, diría la en dirección atenuada del voto de la concurrencia en el caso “*CEPIS*”, sobre el aumento de las tarifas de gas.³⁵

En cuanto a los asuntos determinados acerca de los cuales se debe consultar a los pueblos indígenas, en la concurrencia se incluye del mismo modo que la mayoría, la creación de un municipio, aunque sosteniéndose, al mismo tiempo, que ello no significa “crear un Estado entro de otro Estado”.³⁶ ¿Ello porque la consulta debe realizarse para “oir” y no es vinculante para las autoridades?

5.4. El voto en disidencia

El Presidente del Tribunal centró el análisis en la determinación del alcance del derecho de consulta previa y participación de los pueblos indígenas en la adopción de las medidas estatales que los afecten. Con el foco en esta cuestión enunció el contexto de reivindicación de los pueblos indígenas en la República Argentina, a fin de revertir “siglos de olvido, ostracismo y marginalidad a los que fueron sometidos”. La reivindicación normativa dejó su impronta, como enumera, en la sanción de la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las comunidades aborígenes, en 1985; en la incorporación del Art. 75, inc. 17 a

³⁴ Cf. consid. 5º de la concurrencia.

³⁵ Cf. consid. 17 del la concurrencia del juez ROSATTI en “*Centro de Estudios para la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo*”. FLP 8399/2016/CS1 (2016). En este caso el magistrado sostuvo que “los planteos que se formulan en la audiencia pública deben ser *apreciados obligatoriamente* por la autoridad de aplicación al momento de resolver [el monto de las tarifas]”. Analicé la sentencia en GELLI, María Angélica —*Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas. De “CEPIS a “Abarca”*— Suplemento La Ley Constitucional, Nº 7, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2016.

³⁶ Cr. consid. 6º de la concurrencia.

la Constitución Nacional en 1994, y en la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en 2000.³⁷

Esa reparación jurídica amplia, en su exacta dimensión normativa, no se contradice ni opone “al hecho de que, en nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva, por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por [la] Constitución para el gobierno de la Nación”.³⁸ Desde esa doble perspectiva en que se reconocen los derechos de los pueblos indígenas argentinos como una verdadera reivindicación y se respeta, a la vez y estrictamente, el diseño del sistema institucional, la disidencia examina el alcance de los textos normativos en los que los recurrentes sostuvieron su demanda.

En tal sentido, a partir del significado corriente que tienen los términos empleados, el magistrado concluye que el Convenio 169 de la OIT a) no concede el derecho de consulta previa “en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan de cualquier modo impactar en las comunidades indígenas” pues, por ejemplo, no tienen derecho a ser consultadas previamente por medidas que las afecten al mismo tiempo que afectan a todos los argentinos, a todos los neuquinos o a todos los habitantes de Villa Pehuenia; b) el derecho de consulta previa es obligatorio en caso de que la medida sea capaz de “menoscabar o perjudicar derechamente” a las comunidades. En suma, este derecho cobra virtualidad en los casos de que la medida regule de modo directo a las comunidades indígenas o a sus integrantes o, se trata de una medida general que pueda afectarlos de modo directo y no de modo indirecto, algún derecho específico de los pueblos indígenas o de sus integrantes y *esa afectación pueda probarse*.³⁹

Por el contrario, como bien se señaló, la ley de creación del Municipio era de alcance general, no estaba dirigida a regular dos dere-

³⁷ Cf. consid. 7º de la disidencia.

³⁸ Cf. consid. 7º, 8º y 9º de la disidencia.

³⁹ Cf. consid. 8º de la disidencia.

chos de los pueblos indígenas ni se demostró que ello tuviera un impacto directo en los derechos constitucionales o en los establecidos en el Convenio 169 de la OIT.⁴⁰

Por otro lado, resultan sustantivas las consideraciones vertidas por la disidencia acerca de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En primer lugar porque como bien se señaló, la declaración no es fuente de obligaciones para la Argentina ya que formula recomendaciones. En segundo lugar porque aunque por hipótesis se le reconociera valor vinculante, la declaración “solo reconoce el derecho a la consulta previa y *el derecho a la autonomía y autogobierno en los asuntos internos y locales de las comunidades indígenas pero de modo alguno impone a los estados una restricción a su soberanía ni condiciona su unidad política*”.⁴¹

Huelga señalarlo pero se hacen nítidas las diferencias entre las mayorías y la minoría. No solo en relación a la resolución del conflicto —la disidencia rechaza el recurso de las actoras— sino por los efectos que unas y otros tienen en torno a la debilidad o fortaleza del Estado, plural, multicultural, pero único y soberano.

6. La caracterización del problema a futuro en la República Argentina y la preservación de un Estado soberano

El Art. 75, inc. 17 significó un reconocimiento sociológico e histórico de los pueblos indígenas argentinos y, a la vez, una reparación que los hizo inteligibles en su identidad ante la sociedad y parte de la comunidad nacional desde y en preservación de esa identidad.

La creación de un municipio — tal como sostuvieron el Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén y la minoría de la Corte Suprema era compatible con el debido respeto a la vida del la Comunidad Mapuche Catalán. De todas maneras, la decisión de la mayoría que procuró un equilibrio entre los intereses —reclamados por la Comunidad— y las atribuciones político institucionales que la Provincia del Neuquén

⁴⁰ Cf. consid. 9º de la disidencia.

⁴¹ Cf. consid. 11 de la disidencia. Bastardillas agregadas.

defendió— no resuelve la cuestión indígena en Argentina.

Si se considera con cuidado la preocupación manifestada en relación al Estado argentino por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a propósito de la situación de pobreza, marginalización y escasa participación política de los pueblos indígenas y se contrasta con la dura realidad de numerosos pueblos indígenas *argentinos*, se advertirá la distancia que media entre esa realidad y las normas jurídicas y las declaraciones.⁴²

El acceso a la educación, a la salud, al agua potable a la vivienda digna con planes de desarrollo y la colaboración y coordinación de esfuerzos parecen más apropiadas para resolver la marginalidad que transitar un camino jurídico imposible de autodeterminación política que ponga en peligro la unidad del Estado. La interpretación de la disidencia nos preservó de ese peligro que lo es, también para los pueblos indígenas. Pero por ahora constituye la minoría en la Corte Suprema.

⁴² Esa señalización del Comité fue referida por la Procuradora en apoyo de su opinión. Cf. P.VII.