

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y MUNDIALIZACIÓN: CONSIDERACIONES A PARTIR DEL ANÁLISIS DE CASOS JUDICIALIZADOS EN ARGENTINA

INDIGENOUS PEOPLE RIGHTS AND GLOBALIZATION: SOME CONSIDERATIONS FROM AN ANALYSIS
OF LITIGATION CASES IN ARGENTINA

Luciana Álvarez *

Resumen: Proponemos un análisis crítico del proceso de reconocimiento y consagración legal de los derechos de los pueblos indígenas, atendiendo a las condiciones sociales, económicas, políticas, jurídicas y culturales en que éste se ha desarrollado. Nuestro objetivo es, por un lado, dar cuenta de las dificultades y contradicciones que entraña la operatividad de dichos derechos; y por el otro, de elucidar algunas condiciones que permitan sostener la viabilidad emancipatoria de las reivindicaciones político-jurídicas del colectivo indígena.

Abstract: We intend to develop a critical analysis of the indigenous people rights legal recognition process focusing to the social, economical, political, juridical and cultural conditions in which ones this process has been taken place. Our aim is, by one hand, make explicit the difficulties and contradictions involved into the indigenous people rights effectiveness; and by the other hand, to show some conditions that could sustain the emancipatory viability of the indigenous movement politico-juridical demands.

Palabras clave: Derechos a la diferencia, derechos indígenas, mundialización, prácticas emancipatorias, propiedad comunitaria.

Key words: Rights to difference, indigenous rights, globalization, emancipatory practices, communitarian property

Fecha de recepción: 26-04-2014

Fecha de aceptación: 7-7-2014

Nuestro trabajo propone un análisis crítico del proceso de reconocimiento y consagración legal de los derechos de los pueblos indígenas, atendiendo a las condiciones contextuales -por no decir estructurales- en que éste se ha desarrollado con el objetivo, por un lado, de dar cuenta de las dificultades y contradicciones que entraña la operatividad de dichos derechos; y por el otro, de elucidar algunas condiciones que permitan sostener la viabilidad emancipatoria de las reivindicaciones político-jurídicas del colectivo indígena¹.

En vistas de ello, en una primera parte sugerimos algunas claves que permitirían comprender el proceso por el cual pudieron consagrarse a nivel legislativo -nacional e internacional- los derechos de los pueblos indígenas, más allá de cierta evolución de la racionalidad universal que habría persuadido a la

* Profesora de la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina) e Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). lula276@yahoo.com

¹ El presente trabajo se realizó en el marco del proyecto de investigación "Propiedad y propiedades en Argentina", subsidiado por la Secretaría de Ciencia, Técnica y Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina.

humanidad de la justicia de tales reivindicaciones². En una segunda parte, hemos pretendido presentar una perspectiva de análisis capaz de evidenciar el modo en que al articularse determinadas demandas o reivindicaciones jurídicas el derecho -en tanto práctica social discursiva- habilita un evento, una disputa en términos emancipatorios. En este sentido hemos considerado algunos casos judicializados en el territorio argentino en los que el modo de la demanda, su contestación y resolución judicial permiten dar cuenta de las capacidades disruptivas que podrían entrañar las prácticas sociales concretas de los colectivos indígenas u originarios en relación a la ley. Asimismo, referimos brevemente cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permite una articulación entre derecho a la diferencia e igualdad con un claro potencial emancipatorio.

El marco teórico a partir del cual formulamos nuestro análisis parte de la consideración de lo social como constitutivamente conflictivo y la imposibilidad ontológica de un orden jurídico consensual y armónico que integre las particularidades³, lo que a su vez contribuye y garantiza la posibilidad de una práctica política emancipatoria. Esta perspectiva se corresponde, además, con una consideración de los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas en el marco más general de los derechos humanos, partícipes como éstos de las contradicciones mismas que estructuran la política y el derecho modernos.

EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LAS DIFERENCIAS: ALGUNAS CLAVES CONTEXTUALES

Como es bien conocido, hacia principios de los años '80 y contemporáneos a la restauración de las democracias latinoamericanas, comienzan a tornarse visibles movimientos sociales con reivindicaciones relativas a la diversidad, entre ellos, los movimientos indígenas⁴ que

² Varios autores comparten la convicción de que las transformaciones jurídicas representadas por la gran expansión, relativamente reciente, de los derechos humanos sobre todo en relación a los reconocimientos de las diferencias, entraña una evolución de la racionalidad universal, cf. Dussel, E. *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001, p. 152. Nosotros no compartimos esta aseveración en tanto consideramos que los valores constituyen una construcción social, se encuentran determinados por el contexto social y político en que se producen, de manera que las particulares circunstancias sociales de un momento determinado dan lugar a la múltiple significación y resignificación de aquello considerado valioso. El derecho, entonces, constituye una praxis en el sentido de práctica social que tiende a la transformación de las condiciones en que se desarrolla la vida humana. No se trata por tanto de una variabilidad evolutiva, sino de una contingencia relativa, tanto los valores como su contenido varían en función de las condiciones histórico-sociales, pero esta variabilidad no es absoluta sino que apunta al mejoramiento de las condiciones de desenvolvimiento la vida humana. De todos modos ello no constituye el objeto del presente trabajo, sino la explicitación de algunos factores sociales e históricos que habrían contribuido a su devenir.

³ En la línea en que han abordado la cuestión de lo político autores contemporáneos como Žižek, Rancière, Badiou, Lefort, Marchart, entre muchos otros.

⁴ El término “movimiento indígena” surge en los años sesenta y setenta. Desde el campo teórico focalizado en la temática indígena se cuestiona su asimilación a los movimientos sociales en general. Cf. Toledo Llancaqueo, V. *Curso Virtual: Enfoque de Derechos y Políticas Públicas*.

incrementan su impacto en la escena política, con su punto más álgido en torno de la campaña de los 500 años de la “Conquista de América”⁵. En cierta medida el reconocimiento jurídico de la identidad indígena como diferente a, u otra que, la identidad nacional participa de un proceso más amplio de particularización de los derechos humanos y como tal participa a su vez de sus determinaciones y articulaciones no sólo con la expansión de los derechos humanos en sí, sino con el desarrollo capitalista que ha acompañado su despliegue. Especialmente, nos referimos aquí al proceso jurídico-político de reconocimiento de la identidad cultural indígena que habría implicado un cambio de perspectiva en relación a los reconocimientos de derechos que le precedieron.

A grandes rasgos puede considerarse que, en el caso de Argentina, desde finales del siglo XIX hasta la reforma constitucional de 1994 la lógica que estructuró el reconocimiento de la diferencia indígena estuvo basada en la necesidad de integrar al indígena a la comunidad nacional mediante el borramiento de sus pautas culturales, considerándolas arcaicas o primitivas, es decir, la lógica propia del indigenismo. Éstas, las políticas asistencialistas referidas a las comunidades indígenas poseen un fuerte efecto ideológico, en tanto denuncian el estado de indigencia, de desposesión, en que se encuentra el indígena, pero considerándolo, junto a su cultura y forma de vida, un obstáculo para la unidad e integración nacional, y sobre todo para el desarrollo económico. El Estado, en el marco de las políticas indigenistas, se propone desarrollar al indígena y para ello se basa en una imagen de los mismos como los más pobres entre los pobres, imagen que produce dos efectos: las necesidades, intereses y anhelos de las comunidades se convierten en cuestiones de sentido común, y al presuponer los deseos del sujeto de la ley, se transforma su derecho a la participación e identidad cultural, en algo meramente instrumental subordinado a la voluntad del Estado⁶.

Como ha sido señalado por numerosos estudios, la movilización encarada por el colectivo indígena, coincide a su vez con un marcado resurgimiento de políticas liberales bajo la forma del neoliberalismo en algunos casos, luego de la crisis del Estado de bienestar y del socialismo real, que implicó la inversión de capitales, tanto por parte de los Estados nacionales como de sectores privados, en la explotación de recursos naturales existentes en los territorios pertenecientes a comunidades indígenas, que ponen en peligro su subsistencia y la de toda la humanidad. Ello ha favorecido que en muchos casos, y especialmente en los comienzos del proceso de consagración

Implementación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 en América Latina. Campus Virtual CLACSO - 2008 Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas (CEPPDI), www.politicaspUBLICAS.net.

⁵ Señalamos entre comillas los términos “Conquista de América” habida cuenta de las polémicas que dicho proceso ha entrañado hacia el interior de las ciencias sociales, para un panorama de ellas puede verse Dussel, E. *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito: Ediciones Abya-Yala, 1994.

⁶ Carrasco, M., *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Buenos Aires: Ed. Vinciguerra, 2000, pp. 70-71.

internacional de sus derechos, las reivindicaciones del colectivo indígena coincidieran con los movimientos ecologistas⁷.

En términos muy generales puede sostenerse que, con anterioridad a este proceso de visibilización del colectivo indígena, durante los años '60 y '70 la cuestión indígena fue absorbida por la categoría de clase y sus demandas, con marcado tinte estructural, estuvieron orientadas hacia la redistribución⁸. Luego a mediados de los años '80, con la recuperación de la institucionalidad democrática en América Latina, comenzó a trasladarse el acento hacia la cuestión étnica restando importancia al contexto político-económico⁹. La movilización en demanda de derechos a la diferencia, derechos específicos para colectivos específicos, que se desplegó intensamente en este periodo, estuvo fervientemente apoyada por organismos multilaterales de cooperación internacional y Naciones Unidas¹⁰, los cuales a la vez que proveyeron de recursos económicos y financieros a las organizaciones sociales, trasladaron ejes y categorías para el planteo político-jurídico de las demandas indígenas¹¹. Concretamente, la consolidación del paradigma del reconocimiento, que implica un trato diferenciado de lo económico y lo cultural, se encuentra inmerso en una dinámica contradictoria condicionado por una tendencia

⁷ Independientemente de ello, no debería perderse de vista el conflicto suscitado en Ecuador en que se encuentran enfrentados el gobierno de Rafael Correa y la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) respecto de la iniciativa estatal de reforma de la Ley de Aguas de Ecuador en que confluyen además organizaciones ecologistas y ambientalistas. Igualmente, en Argentina en numerosas ocasiones las reivindicaciones indígenas convergen con aquellas de organizaciones ambientalistas en tal sentido cabe considerar la acción de amparo iniciada por Congregación Wichi San Ignacio de Loyola; Consejo de Organizaciones Wichi Zona Bermejo; Comunidad Fwiñol Carboncito; Comunidad Misión San Francisco; Comunidad Indígena Guaraní Estación Tabacal; Comunidades Wichi Zopota y El Escrito; Comunidad Wichi San José-Chustaj Lhokwe; Comunidad Misión Wichi Chowayuk; Comunidad Hoktek T'oi del Pueblo Wichi y Asociación de Pequeños Productores del Chaco Salteño en autos "Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta p/ Acción de Amparo", ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuyo resolutive fundándose en las disposiciones de la Ley General de Ambiente N° 25675, art. 4° principio precautorio, se dispuso en marco de una medida cautelar el cese de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria.

⁸ En este marco cabría considerar el tratamiento de la cuestión indígena en los procesos de reforma agraria en Latinoamérica, cf. Aylwin, J., *El Acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos: volumen I y II*, Santiago de Chile: Publicación de Naciones Unidas, CEPAL, 2002.

⁹ En este sentido el mismo Díaz Polanco defiende una política de la autonomía, en tanto: "La autonomía es una política de la identidad que busca articular los cambios estructurales para perseguir la igualdad y la justicia con los cambios socioculturales para establecer el reconocimiento de las diferencias", Díaz Polanco, H., "Los dilemas del pluralismo" en Dávalos, P. (comp.). *Pueblos Indígenas, Estado y democracia*, Buenos Aires: CLACSO, 2005, pp. 60-63.

¹⁰ Esta coyuntura no fue privativa del colectivo indígena, del mismo modo ha podido observarse la impronta de los organismos internacionales de cooperación en los procesos de reconocimiento jurídico de las mujeres y los niños y niñas. Cf. Álvarez, L., *Derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, Buenos Aires: Biblos, 2013, pp. 54-66.

¹¹ Para un sugerente análisis de este proceso puede verse Segato, R., "Identidades políticas/alteridades históricas: una crítica a las certezas del pluralismo global" en *Anuario Antropológico/97*, Río de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

política específica, respecto de los pueblos indígenas y de la gestión de los recursos naturales en general, ya que, como sostiene Hale, “los gobiernos que han desarrollado las políticas más extensas de Derechos Indígenas y reconocimiento cultural en Latinoamérica, son los mismos que han promovido las reformas económicas neoliberales. Estas reformas, en cambio, han generado, según detallan la mayoría de los estudios (incluyendo los informes del PNUD), graves consecuencias económicas para los mismos Pueblos Indígenas”¹².

LA ASTUCIA DE LAS DIFERENCIAS: ECONOMÍA MUNDIALIZADA Y RACIONALIDAD BIOPOLÍTICA

Dentro de este panorama, aun teniendo en cuenta las salvedades que puedan corresponder respecto a los procesos relativamente recientes de Bolivia y Ecuador, la consagración de la diferencia indígena y su reconocimiento tal como ello se ha desarrollado desde fines de los años '80 y toda la década del '90, hasta la reestructuración del mapa político en América Latina, se encuentra altamente vinculada a la expansión capitalista en el sentido que han coincidido el desarrollo de políticas económicas (neo)liberales junto con el reconocimiento jurídico de las diferencias. Ello no deja de llamar la atención puesto que permite articular dos procesos altamente contradictorios: la consolidación por parte de la estructura político-económica de su tendencia a la unidad o concentración operativa y la concomitante aparición de diferencias y subjetividades particulares que devienen altamente legítimas en cuanto destinatarias de derechos.

Ahora bien, esta convergencia puede comprenderse desde diversos ángulos, y sin perjuicio de la movilización y organización también creciente de las propias comunidades indígenas, creemos oportuno destacar dos aspectos estructurales que permiten contribuir a la comprensión del fenómeno: por un lado, la necesidad estructural de relativización o debilitamiento simbólico de las fronteras nacionales y por el otro, la tendencia creciente a la adecuación de la ley a los intereses¹³ de los individuos.

En el periodo del desarrollo del capitalismo actual, a partir de los años '70, los derechos humanos aparecen más consolidados que nunca antes en la historia y correlativamente su falta de efectivización resulta más evidente. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, que inaugura el inicio de la Guerra Fría, comienza la carrera para el restablecimiento de los estándares de derechos humanos. En este camino cientos de conferencias, foros, declaraciones, convenciones y tratados a nivel internacional se han celebrado y continúan celebrándose, convirtiéndose en la constitución, por encima de las

¹² Hale, C., “El protagonismo indígena, las políticas estatales y el nuevo racismo en la época del indio permitido” en *Paz y democracia en Guatemala: desafíos pendientes. Memoria del Congreso Internacional de MINUGUA Construyendo la paz: Guatemala desde un enfoque comparado*, Ciudad de Guatemala: MINUGUA y Propaz, 2005, p. 52-53. La sigla PNUD alude al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

¹³ Con la noción de interés pretendemos denotar la articulación entre racionalidad económica o utilidad y norma jurídica.

constituciones, lo que constituye un nuevo prototipo de derecho positivo, un positivismo *sui generis*¹⁴. A su vez, este altísimo *status* de los derechos humanos es visto, en general, como el resultado del triunfo de la universalización de humanidad¹⁵. Evidentemente, nuestro abordaje apunta a revisar críticamente este aparente triunfo de los derechos, en especial en relación al reconocimiento de derechos particulares o específicos que habrían superado la abstracción y misticismo de las primeras declaraciones de derechos, sean nacionales, internacionales o universales. Concretamente, creemos importante destacar que la reivindicación y reconocimiento de las diferencias de género, etarias -niñez y ancianidad-, étnicas, culturales han surgido relacionados a este proceso. La mundialización capitalista, o capitalismo tardío, ha hecho propicio el surgimiento de subjetividades fragmentarias, localistas, dada la desterritorialización de la actuación del capital, en un mercado de dimensiones planetarias, donde la identidad nacional de los Estados que legitimara el poder político de los nacientes Estados modernos¹⁶ de Occidente, se encontraría en un proceso de sustitución¹⁷.

Los procesos de “desterritorialización, globalización y erosión de la soberanía nacional están teniendo lugar en los campos jurídicos directamente controlados por el capitalismo”¹⁸, siendo que por el contrario, en los campos jurídicos controlados por los principios del cosmopolitismo, en nombre de los grupos sociales oprimidos -migrantes ilegales, refugiados, pueblos indígenas, minorías, marginados, explotados, desposeídos, víctimas de violaciones de derechos humanos, entre otros-, el principio de la soberanía nacional y la ciudadanía lejos de debilitarse parece afirmarse y consolidarse cada vez más. La relativamente reciente Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas confirma esta tendencia en cuanto ha tornado explícita la resistencia de los Estados a reconocer “autodeterminación” a las comunidades

¹⁴ Actualmente en el ámbito de la filosofía jurídica se reconoce bajo el nombre de “neoconstitucionalismo” a una línea teórica que considera necesario comprender la constitución no sólo de manera descriptiva, como un conjunto de reglas jurídicas positivas de jerarquía superior, sino en su sentido prescriptivo. De esta manera la constitución debe ser interpretada a la luz de principios jurídicos, e incluso morales, aun cuando éstos no estén positivados, cf. Mazzarese, T. *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli, 2002 y Pozzolo, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *DOXA*, n° 21. España, 1998.

¹⁵ Douzinas, C., *El fin de los derechos humanos*, Bogotá: Legis, 2008, p. 142.

¹⁶ Recuérdese que el capitalismo, en su etapa de apropiación del excedente mediante la división internacional del trabajo, propició la consolidación de Estados nacionales y soberanos con relaciones interestatales de intercambio comercial, siempre necesariamente desigual a fin de garantizar la competitividad de los capitales.

¹⁷ Para un análisis de los ciclos sistémicos de acumulación del capitalismo y su correlativo fortalecimiento de unos Estados en detrimento de otros, puede verse: Arrighi, G., “La globalización, la soberanía estatal y la interminable acumulación del capital”, versión revisada de la ponencia presentada en la Conferencia sobre “Estados y Soberanía en la Economía Mundial”. Irvine: Universidad de California, 1997. En este artículo el autor reflexiona sobre la situación de los Estados de Asia, los cuales aparentemente estarían hegemonizando los espacios de organización del capitalismo en detrimento de Occidente.

¹⁸ Santos, B. de S., *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: Unibiblos, 1998, p. 136.

indígenas.¹⁹ Es clave esta consideración si de lo que se trata es de no afectar el control político y económico que los Estados poseen respecto de sus territorios y recursos naturales. De acuerdo con ello, además, las agencias internacionales de cooperación financiera, entre las que se cuenta el Banco Mundial, promueven los derechos culturales y, a la vez, emite el aviso que no todas las formas de pluralidad cultural merecen ser aprobadas. Hacen una distinción entre la “etnicidad buena”, que fomenta el capital social, y la “etnicidad disfuncional” (“etnicidad mala”), que genera conflictos²⁰. Claramente, la disputa de los territorios y el control autónomo de los mismos se alejan de la consideración de una “etnicidad buena” que fomente el desarrollo del capital.

El proceso de globalización/desregulación estatal del campo jurídico es altamente selectivo en tanto no todas las prácticas se legitiman y protegen en el espacio internacional desterritorializado, sino sólo aquellas funcionales al capitalismo mundial actual²¹. De acuerdo con Arrighi: “Este proceso de

¹⁹ En la votación, se pronunciaron 143 países a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de Norte América) y hubo 11 abstenciones (Azerbaijan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania). Luego de que se lograra la aprobación previa, en junio de 2006, en el Consejo de Derechos Humanos, la Declaración no alcanzó el consenso necesario en la Asamblea, principalmente por las preocupaciones de varios países africanos. Una iniciativa de consulta impulsada por México, Perú y Guatemala con estos países consiguió su adhesión (con excepción de los tres países africanos que se abstuvieron: Burundi, Kenya y Nigeria), pero con la inclusión de nueve enmiendas, entre otras una que aclara que nada en la Declaración se interpretará "en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes". Estas enmiendas fueron incluidas sin consultar a los representantes indígenas, y no contaron con su acuerdo; a pesar de ello, el representante indígena en la ONU decidió mantener su apoyo a la adopción de la Declaración. En la sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas, realizada en septiembre de 2007, en la que se aprobó la declaración algunos países expresaron consideraciones a su voto. Más allá de las fórmulas de rigor en cuanto al avance significativo que un instrumento como éste representa para la promoción y protección de derechos en todo el mundo, nos interesa destacar que los representantes de Argentina, Jordán y Filipinas (países que se abstuvieron de votar en el marco del proyecto de declaración elaborado y aprobado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración, en junio de 2006) expresamente establecieron el alcance concedido al derecho de autodeterminación, el cual de ningún modo puede comprenderse en el sentido que ello tiene para el derecho internacional, ni de modo que menoscabe de manera alguna la integridad territorial y la soberanía de los Estados. Otros representantes, como aquellos de Bangladesh y Nigeria cuyos países se abstuvieron tanto en el 2006, como al aprobarse la declaración en el 2007, indicaron su preocupación respecto de la autodeterminación, el control de los recursos naturales y los mecanismos de identificación de los pueblos indígenas. Cf. Documentos oficiales de Naciones Unidas, A/61/PV.107 y Resolución 1/2.

²⁰ Hale, C., *op. cit.*, p. 60. En este sentido, conviene recordar los conflictos sangrientos que protagonizaron las comunidades de Bagua en Perú durante en el año 2009, la problemática en torno de la sanción de la ley de aguas en Ecuador que enfrentó a las organizaciones indígenas y el gobierno de Rafael Correa, así como la permanente confrontación del colectivo indígena a los proyectos mineros en Argentina.

²¹ Para un estudio pormenorizado de la relación del Estado, el capitalismo y la mundialización actual puede verse Kaplan, M., *Estado y globalización*, México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

globalización ha surgido mediante la aparición, en cada etapa, de centros organizadores de mayor escala, alcance y complejidad que los centros organizadores de la etapa anterior. (...) Cada sustitución fue marcada por una crisis de las organizaciones territoriales y no territoriales que habían dirigido la expansión en la etapa anterior. Pero fue marcada también por la emergencia de nuevas organizaciones con mayores capacidades que las organizaciones desplazadas para liderar el capitalismo mundial hacia una nueva expansión”²². Las demandas particularistas de los nuevos movimientos sociales, al interior de los Estados nación pueden resultar fácilmente absorbidas por el sistema, pues en lugar de promover una transformación de las estructuras socio-políticas y económicas acompañan, relativamente, su transformación hegemónica²³. La noción de soberanía nacional habría constituido, desde su imposición en el periodo de la paz de Westfalia, un mito relativamente eficiente, pero en realidad si bien la categoría jurídica de Estado llegó a ser universal, la mayoría de los Estados fueron privados de *iure* o de *facto* de las prerrogativas históricamente asociadas con la soberanía nacional. Así, “semisoberanía y cuasi-estados son el resultado de las tendencias a largo plazo del moderno sistema mundial, ambos fenómenos claramente materializados antes de la expansión financiera global de las décadas de 1970 y 1980”²⁴. Los Estados nacionales surgieron en el marco de una coyuntura política y económica determinada, en los albores del sistema mundial capitalista que ha requerido de estructuras de poder organizadas que garanticen una escala de mercado al sistema y sus posibilidades de expansión. De esta manera, el sistema capitalista si bien ha unificado al mundo lo ha hecho sobre la base de naciones desigualmente desarrolladas²⁵.

En el contexto económico actual es necesario que, al menos en Occidente, la identidad nacional pierda relevancia en tanto ficción simbólica, discursiva, capaz de articular una institución política centralizada como el Estado nación moderno, pues lo que se requiere, cada vez más, es la liberación de las trabas a la circulación del capital y sus recursos, incluso la aparición de la desnacionalización de los capitales, que hoy parecen no tener nacionalidad, sostenidos por sí mismos en las identidades de las empresas transnacionales. El reclamo de la diferencia desde la instancia de una deconstrucción del sujeto moderno racional y abstracto poseen potencialidad liberadora, a la vez que corren el riesgo de obturar dicho proceso emancipador dada su vinculación a las relaciones de dominación actual²⁶.

²² Arrighi, G., *op. cit.*, p. 9.

²³ Al estilo de lo que Rancière denomina la democracia consensual en tanto adecuación a los cálculos de optimización que se efectúan y entrecruzan en el cuerpo social, a los procesos de individualización y las solidaridades que estos mismos imponen, Rancière, J., *El desacuerdo. Política y filosofía*, Buenos Aires: Nueva Visión, 2007, p. 124.

²⁴ Arrighi, G., *op. cit.*, pp. 13-14.

²⁵ Amin, S. *La acumulación a escala mundial. Crítica de la teoría del subdesarrollo*, México: Siglo XXI, 1974, p. 86.

²⁶ Agnes Heller ha considerado a los nuevos movimientos sociales como movimientos de biopolítica, por tanto profundamente funcionales a la dominación política del cuerpo, propia de

Por otro lado, como referimos precedentemente, puede considerarse como parte del contexto estructural en que viene desarrollándose el reconocimiento de derechos a las diferencias, y entre ellas la consagración de los derechos de los pueblos indígenas, la marcada individualización de los conflictos sociales. Es decir, el proceso por el cual tienden a visibilizarse los conflictos sociales como conflictos entre particulares a partir de asumir -como presupuesto- que una determinada reivindicación afecta única y exclusivamente al sujeto o los sujetos involucrados con prescindencia del todo social. La criminalización de la protesta social²⁷ y la tendencia creciente a la judicialización del conflicto hacen parte de esta lógica ligada a la individualización/particularización del conflicto social. Como es conocido el derecho sólo puede ocuparse de conflictos entre particulares, y eventualmente entre particulares y el Estado, de tal suerte que al judicializarse la matriz social del conflicto se difumina, se invisibiliza.

En este sentido cabe considerar los últimos trabajos publicados en español²⁸ de Michel Foucault en los que el autor refiere -en términos muy generales- que en la modernidad se habría gestado, o habría emergido, una forma de limitar o controlar el poder político en la que éste debe ajustarse a una cierta racionalidad²⁹. Ahora bien, esa racionalidad que es concebida como parámetro fue en un momento la racionalidad (razón de Estado) del Estado entendido como individualidad soberana, principalmente durante los siglos XVI y XVII. De acuerdo con Foucault, a mediados del siglo XVIII emerge una

la modernidad, Heller, A. y Fehér, F., *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*, Barcelona: Península, 1995.

²⁷ Rodríguez, M., "El capitalismo arremete: criminalización de la pobreza", en Boron, A. (Ed.), *Del referéndum venezolano a los conflictos en Perú. Criminalización social e "inseguridad"*. OSAL - Observatorio Social de América Latina, año V, n° 14, Buenos Aires: CLACSO, 2004. pp. 297-308; Svampa, M. y Pandolfi, C., "Las vías de la criminalización de la protesta en Argentina" en Boron, A. (ed.), *op. cit.*, pp. 285-296 y Viegas Barriga, F., "La construcción concreta y simbólica de la criminalización de la protesta social", *Revista Question*, n° 8, La Plata: Universidad Nacional de la Plata, 2005.

²⁸ Foucault, M., *Defender la sociedad*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000; *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France: 1977-1978*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006 y *Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France: 1978-1979*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

²⁹ Foucault, M., *Nacimiento de la...*, *op. cit.*, pp. 356-7. A partir de los cursos en el Collège de France del año 1976, Foucault comienza a analizar (sin perjuicio que uno de sus antecedentes se encuentra ya en *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, Buenos Aires: Siglo XXI, 1977) los mecanismos jurídicos, institucionales, policiales, tecnológicos, científicos, entre otros, mediante los cuales la vida y especie humana como tal es puesta en juego en las propias estrategias del poder político. Este biopoder o biopolítica se perfila a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y permite diferenciar dos tipos de racionalidad que tendrán por objeto imponer límites al poder: una gestada durante los siglos XVI y XVII centrada en el derecho como límite exterior del poder político; y aquella propia de la biopolítica centrada en la gestión y administración de la vida de la población en que el límite será impuesto internamente por la racionalidad científica, especialmente la racionalidad económica.

nueva forma de racionalidad³⁰ consistente en una regulación interna del arte gobernar en virtud de la cual el Estado tendrá por principio fundamental el respeto de los procesos naturales intrínsecos a la economía y a la población³¹. Es decir, será menester enmarcar los fenómenos naturales de tal manera que no se desvíen o que una intervención torpe, arbitraria, ciega los haga desviar, y para ello será necesario introducir mecanismos o dispositivos de seguridad.³² De esta manera, no se trata ya del derecho como límite interno sino de la necesidad de conocer científicamente las regularidades naturales de la economía y la población y es este conocimiento científico quien actuará como límite interno, y límite de hecho, de aquello que el Estado debe o no debe hacer para gobernar bien.

En el punto de esta transformación puede vislumbrarse además un pasaje, un desplazamiento en cuanto al arte de gobernar de la legitimidad hacia la utilidad, de tal suerte que el Estado ahora no se ocupará de aquello que puede o no puede hacer³³, sino de aquello que es útil hacer para los gobernados. En el nudo de esta problemática, en tanto desplazamiento de lo legítimo hacia lo útil, creemos, puede ubicarse la tendencia que indicábamos hacia la individualización y judicialización de la conflictividad social. Pues, de acuerdo con el análisis foucaultiano, esta nueva razón gubernamental "ya no tiene que intervenir, ya no tiene influjo directo sobre la cosas y las personas ni puede tenerlo, sólo está legitimado, fundado en el derecho y la razón para intervenir en la medida en que el interés, los intereses, los juegos de los intereses hacen que tal o cual individuo, tal o cual cosa, tal o cual bien o tal o cual riqueza o proceso, tenga cierto interés para los individuos, para el conjunto de éstos o para los intereses de tal o cual individuo enfrentados a los intereses de todos"³⁴.

En este marco, resulta interesante considerar el modo en que dentro de la teoría política liberal se justifica la legitimidad del reconocimiento de derechos a las diferencias, especialmente aquellas fundadas en determinaciones culturales, étnicas o religiosas, en lo que ha sido denominado el multiculturalismo liberal. Para este sector de la filosofía política contemporánea, la cuestión de la diversidad cultural se traduce en la gestión de intereses de índole cultural. Algunas consideraciones realizadas por Will Kymlicka³⁵, uno de los eximios y

³⁰ Conviene tener en cuenta que de acuerdo con Foucault estas formas de racionalidad gubernamental no se suceden unas a otras, sino que se encabalgan, se rebaten, se combaten unas a otras, cf. *Nacimiento de la...*, op. cit., p. 358.

³¹ Foucault, M., *Seguridad, territorio...*, op. cit., p. 403. Asimismo, Foucault ha definido a la gubernamentalidad como el conjunto constituido por las instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que permiten ejercer esta forma de poder que tiene por objetivo la población, por forma mayor la economía política y los dispositivos de seguridad como instrumento técnico esencial.

³² Foucault, M., *Seguridad, territorio...*, op. cit., p. 404.

³³ Ello en el sentido que de acuerdo con la razón de Estado de los siglos XVI y XVII sólo está puede hacer para lo que se encuentra legitimado, si traspasa ese límite deviene un gobierno ilegítimo, abusador, arbitrario.

³⁴ Foucault, M., *Nacimiento de la...*, op. cit., p. 65.

³⁵ Will Kymlicka es canadiense, licenciado en filosofía y política por la Universidad de Queen, Ontario, Canadá y Doctor por la Universidad de Oxford, Inglaterra. Los desarrollos que siguen

más reconocidos portavoces contemporáneos del pensamiento multicultural, resultan ilustrativas en ese sentido. Kymlicka sostiene que si bien es cierto que todos los Estados liberales se consolidan sobre la base de la expansión y conservación de una cultura (lingüística, étnica, religiosa) particular³⁶, resulta sin embargo necesario diferenciar el liberalismo pluralista del fundamentalismo étnico. El punto que hace la diferencia sería la tendencia a facilitar la incorporación de extranjeros a su cultura mediante el cumplimiento de algunos requisitos como manejo de la lengua y/o determinados conocimientos históricos, es decir que, si se define la pertenencia en función de una cultura societal común -aunque cabe agregar fijada por un grupo e impuesta a otro/s grupo/s- estamos frente a un liberalismo pluralista, multicultural. Con extrema claridad Kymlicka expresa que la imposición de una cultura particular por parte de un Estado a todos sus miembros, lejos de constituir una práctica político-cultural etnocéntrica, resulta legítimo y deseable, pues: “Por ejemplo, la economía actual precisa de una fuerza de trabajo bien preparada, cualificada y con disponibilidad. Por tanto, se considera esencial que todos los sujetos cursen los estudios de educación obligatoria en una sola lengua común si se pretende que todos los ciudadanos accedan a los puestos de trabajo con verdadera igualdad de oportunidades”³⁷. A este nacionalismo liberal que promueve Kymlicka le interesa, básicamente, reconocer que tanto los grupos mayoritarios como los minoritarios tienden a aferrarse a una identidad o cultura societal, y por ello los liberales en lugar de escandalizarse -hipócritamente- deberían comenzar a indagar las formas menos injustas y violentas, y más beneficiosas de respetar a los miembros de las minorías su apego a su cultura societal. Así, la identidad nacional, tanto mayoritaria como minoritaria, no tendría nada de irracional ni antiliberal, muy por el contrario la identidad, o la cultura societal, resulta de extrema importancia para la consolidación y expansión del ideal de libertad y autonomía individual. Una cultura societal en tanto da un marco relativamente débil o inestable de identidad, permite el desenvolvimiento de la libertad y autonomía individual, entendida esta como la posibilidad de elegir entre varias posibilidades. Para ello es preciso que, previo a la elección, podamos concebir tales opciones como significativamente válidas siendo necesario un vocabulario compartido, que no puede reducirse al manejo de un idioma sino a una narrativa cultural compartida, por medio de la que se torne posible identificar determinadas experiencias como valiosas.

respecto del trabajo de Kymlicka han sido elaborados, fundamentalmente, a partir de Kymlicka, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Buenos Aires: Paidós, 2003; *Estados, naciones y culturas*, Córdoba-España: Almuzara, 2004 y *Fronteras territoriales*. Madrid: Trotta, 2006.

³⁶ Enfáticamente, Kymlicka critica las posturas liberales que pretenden equiparar la identidad cultural con la religión, suponiendo que de modo análogo al proceso de secularización y cuasi eliminación de la confesionalidad en los Estados de Occidente, la cultura no haya tenido relevancia en el ámbito público, Kymlicka, W., *Estados, naciones...*, *op. cit.*, pp. 50-52.

³⁷ Kymlicka, W., *Estados, naciones...*, *op. cit.*, p. 58. Consideramos destacable la formulación del autor en cuanto explicita las motivaciones del pluralismo y la tolerancia liberal retóricamente veladas tras la apariencia de una base de igualdad de oportunidades para acceder a los “beneficios” del mercado. Por otro lado, la claridad en su enunciado nos exime de apelar a teorías radicales a fin de sugerir la utilidad de la diversidad cultural como política de Estado.

Claramente, puede observarse cómo el reconocimiento de determinaciones particulares hacia el interior de un Estado-nación determinado puede encontrar su propia racionalidad en torno de las necesidades de gestionar intereses individuales y grupales, a la vez que eventualmente económicos, tal como propone el autor. De acuerdo con Kymlicka el pluralismo cultural, o más específicamente el multiculturalismo, se adecua a las necesidades de la sociedad mundializada a nivel del capital en la medida que permite la incorporación de mano de obra proveniente de los países periféricos sin cuestionar la centralidad de las adscripciones culturales del país de acogida.. Ello encuentra su correlato, tal como sostiene Hale, respecto de las políticas promovidas por el Banco Mundial y sus agencias de difusión en torno de la necesidad de promover un desarrollo con diversidad, lo que lleva implícito la caracterización de una etnicidad (diversidad) “buena”, aquella que no promueve demandas que repercutan en el orden de cosas establecidas, y una etnicidad “mala” como aquella capaz de articular demandas propiamente políticas³⁸. Así, resulta deseable para los estándares de Naciones Unidas que las sociedades promuevan la diversidad cultural, puesto que como referimos con anterioridad en el contexto actual del capitalismo mundializado es necesaria cierta debilidad del imaginario nacional que permita la circulación de recursos de diversa índole; pero a su vez el reconocimiento de las diferencias identitarias no debe cuestionar profundamente la base estatal de actuación del capital. Esto último garantiza la distribución desigual de recursos a nivel mundial y la explotación de unos estados en relación a otros.

LITIGIOSIDAD Y SUBJETIVACIÓN: HACIA PRÁCTICAS POLÍTICAS EMANCIPATORIAS

Como hemos señalado precedentemente, presentamos en nuestro análisis un estudio de determinados casos judicializados de reivindicación territorial por parte de comunidades indígenas en el marco nacional y dentro del territorio argentino, con una breve pero significativa referencia al sistema interamericano de protección de derechos humanos. Trabajamos, entonces, a partir de casos judicializados en el marco del sistema judicial argentino e interamericano, sin perjuicio que entre los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aun no hay ninguno que involucre al Estado Argentino o a una Comunidad o Pueblo Indígena en el marco del territorio argentino. Sin embargo, tendremos oportunidad de justificar, más adelante, el tratamiento de resoluciones judiciales de la CIDH.

Dado el marco contextual que hemos señalado en relación al reconocimiento de derechos a los pueblos y comunidades indígenas, creemos necesario problematizar la relevancia política que ha implicado el reconocimiento derechos territoriales, especialmente bajo la forma de propiedad comunitaria, tanto a nivel nacional como internacional. Para ello, los

³⁸ Cf. Hale, C., *op. cit.*, pp. 52-53.

casos analizados versan sobre la disputa de un determinado territorio reivindicado por una comunidad indígena, a través de los que hemos podido observar que -aun cuando finalmente se hubiere resuelto la titularidad de los territorios en cabeza de los reclamantes- no se ha evidenciado una ruptura en términos políticos con el orden social instituido. Por otro lado, nuestra indagación permitirá -entendemos- abrir posibilidades para pensar los modos en que una disputa o demanda particular pueda dar cuenta de las capacidades disruptivas que entrañan las prácticas sociales concretas de los colectivos indígenas, u otros en su caso, en relación a la ley. El análisis de caso judicializados que presentamos aparece comprensible a partir de considerar el contexto económico, político y cultural, que referimos en los acápites precedentes, en el marco del cual los reconocimientos de las diferencias han tenido lugar, al menos en Latino América.

Los conflictos que en Argentina, como en otros países de la región, presenciamos actualmente relacionados al incumplimiento o falta de aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos indígenas pueden comprenderse mejor -o complejizarse- si consideramos su inserción en dinámicas político-económicas. De esta manera, es posible percibir el incumplimiento o falta de efectivización de los derechos como internos al discurso jurídico en sí mismo, relativizando los análisis que tienden a disociar la ley y su aplicación contribuyendo al enmascaramiento u ocultamiento de sus condiciones de producción. En términos generales la reivindicación del colectivo indígena respecto de sus territorios poseería, en principio, un doble impacto disruptivo: por un lado desafía el modelo extractivo vigente basado en la explotación extractiva de recursos naturales (minería, monocultivo, petróleo, turismo u otros) y por el otro, desafía la institución misma de la propiedad privada e individual y su mercantilización³⁹.

Este potencial disruptivo, político emancipatorio, de las demandas indígenas de ningún modo se viabiliza a través de la consagración legal de sus derechos de propiedad comunitaria y es en este punto donde nos interesa focalizar nuestra intervención. Sobre la base del análisis de determinados fallos judiciales en el marco del sistema judicial argentino⁴⁰ hemos detectado la siguiente dinámica: demanda/contestación de la demanda/sentencia:

³⁹ Recordemos que las filosofías que dan cuenta de la nueva organización del poder político desde las revoluciones modernas en adelante han sostenido la necesidad de la protección de la propiedad privada como clave que organiza al todo social.

⁴⁰ Cabe destacar que los fallos judiciales han sido seleccionados en virtud de sus posibilidades analíticas, en tanto en ellos pudo evidenciarse la tensión propiedad privada /propiedad comunitaria, puntualmente entre los años 1994 y 2008. En virtud de ello no han sido considerados para la elaboración de esta matriz reivindicaciones territoriales que involucraron la defensa del territorio vía defensa otros derechos (medio ambiente, propiedad intelectual, derechos políticos, u otros), lo que sin duda resultaría sumamente interesante e importante de relevar.

DEMANDA	CONTESTACION	SENTENCIA
Contextualiza la cuestión indígena en términos fácticos y jurídicos, solicitando su aplicación.	Rechaza la pretensión de reconocimiento de derechos específicos en el caso concreto.	Reconoce la existencia de derechos específicos y la justicia de tal reconocimiento. Otorga los bienes reclamados
En subsidio, reclama vía derecho civil común: prescripción adquisitiva	Invoca de la preeminencia del derecho civil. Invoca de incumplimiento de presupuestos prescripción adquisitiva	No se expresa sobre la aplicación o no de derechos específicos. Reconoce el derecho a los bienes por vía del derecho civil: prescripción adquisitiva

Es decir, que la disputa jurídica termina operando un desplazamiento -habitualmente no explícito- de la cuestión específicamente indígena hacia la regulación típicamente civil o comercial de los derechos patrimoniales. Aun cuando la comunidad indígena demandante resulte adjudicataria de su derecho de propiedad comunitaria lo es en virtud de haber cumplimentado los presupuestos del derecho de propiedad privada, de manera que ésta -la propiedad comunitaria- queda reducido a los límites de aquella. Así por ejemplo, Así, resulta ilustrativo el fallo: Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, Sala 1^a, “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca c/ Provincia de Jujuy s/ Ordinario (Prescripción Adquisitiva)”, 2001. En su resolutive el voto de la Dra. Maria Rosa Caballero de Aguiar, en un primer momento rescata las prescripciones constitucionales en la materia, Sin embargo párrafos abajo sostiene: “En tal sentido, cabe destacar que la litis se ha trabado con el titular registral, que en este caso es el propio Fisco. Además se ha procedido a adjuntar con la demanda, los planos de mensura aprobados y el respectivo informe de la Dirección de Inmuebles (fs. 3 y 31 respectivamente) con todo lo cual se ha dado cumplimiento a las disposiciones del art. 24 incs. a), b) y d) de la ley 14.159, con las modificaciones del decreto ley 5756/58. (...) En resumen, de la prueba testimonial receptada y de la inspección ocular antes referida, no quedó duda de que la posesión de las tierras requeridas, no sólo es comunitaria, sino que es pacífica, continua e ininterrumpida, desde tiempos inmemoriales, así como que dicha posesión la ejercieron animus domini y colectivamente”. A continuación, el voto del Dr. Víctor Eduardo Farfán, comienza simplemente con una referencia a la legislación común en estos términos: “Para que la posesión por 20 años autorice a prescribir el dominio a favor de quién lo haya realizado, es menester que sea pública, quieta, pacífica, continuada, ininterrumpida y con animo de dueño (arts. 2351, 2363 2384, 2373, 2405, 2408, 2445, 2449, 2479, 2480, 2481,2524 inc.7, 3448, 4015,4016 del C.C.)”. Luego, sobre el final de su voto expresa: “En ese orden, ninguna duda cabe que los hechos citados precedentemente, demuestran los actos posesorios ejecutados por los nativos de esta comunidad, revelando claramente su propósito,

conforme a lo dispuesto por el art. 2384 del C.C., e indican, unánimemente como poseedores del campo de "quienes los ocupan"; consecuentemente, respecto de ellos cabe admitir la creencia, sin duda alguna de ser, en conjunto con sus cointeresados, el exclusivo señor de la cosa (art. 4006 del ítem); ya que el "poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, él posee porque posee" (art. 2363 C.C.)". Así, los derechos de los pueblos indígenas en relación a su propiedad comunitaria quedan reducidos a la mera gestión de asuntos e intereses patrimoniales.

La tendencia a nivel del discurso jurisprudencial argentino es la de reconocer un campo muy limitado a la participación y autodeterminación a los pueblos indígenas e intentar adecuar modalidades propiamente indígenas a las figuras jurídicas conocidas, es decir una tendencia asimilacionista⁴¹, indigenista. En muchos casos, los tribunales reconocen la justicia de las peticiones formuladas por las comunidades, pero el problema parece radicar en la efectiva habilitación simbólico-política⁴² del indígena en tanto "Otro" que encabeza una disputa política. A esta práctica discursiva subyace el énfasis de la reparación histórica, de naturaleza circunstancial y relativamente asistencialista.⁴³

En los casos en que se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a la tierra, se lo hace en los términos en que lo concibe el derecho civil común como aplicación clara, directa y sin ruptura del mismo. Sin fundamento en la legislación que encarna el derecho a la diferencia, cuando así lo han solicitado las comunidades, ni en referencia a derechos o principios que excedan la propiedad individual o generen algún desplazamiento de sus presupuestos⁴⁴. Las modificaciones legislativas a favor del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas operadas tanto a nivel internacional, nacional como local,

⁴¹ La política de los gobiernos hacia los pueblos indígenas con frecuencia ha consistido en intentos de asimilación o incorporación de estos, cf. Stavenhagen, R., *Los derechos indígenas: nuevo enfoque del derecho internacional*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie I. Cuadernos del Instituto, Derecho Indígena, n° 3, Antropología Jurídica, México DF: Universidad Autónoma de México, 1995.

⁴² Incluso, en fallos anteriores a la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas, como los casos: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Guari Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy s/ Reivindicación de tierras de las comunidades indígenas", 1929, *Fallos*, 115:312 y Corte Suprema de Justicia de la Nación, "López Abdón s/ Recurso de Amparo", 1969, *Fallos* 274:169, la Corte Suprema de Justicia de la Nación buscó la solución de la controversia judicial mediante la negativa a encuadrar la cuestión dentro de sus connotaciones específicas, el amparo brindado por el art. 65º, inc. 15 de la constitución Nacional y el reconocimiento de personería jurídica a la comunidad indígena, en cada caso.

⁴³ El problema del fundamento de la reparación histórica radica en la desactualización que opera respecto de la explotación, dominación y/o exclusión del colectivo indígena. En la lógica del discurso de la reparación histórica de lo que se trata es de "reparar" el mal ocasionado en el pasado, con el fin de que luego de reestablecidas las condiciones de equilibrio lo indígena quede integrado al resto de la comunidad nacional.

⁴⁴ Ello, incluso, cuando se sostiene en los fallos judiciales la existencia y operatividad de los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, el desarrollo argumental culmina en la comprobación, o no, de los elementos de la propiedad privada, generalmente a través del instituto de la prescripción adquisitiva veinteañal regulada en el código civil y la ley nacional 14159.

distan de constituir, al menos necesariamente, una estrategia política de disputa de los propios actores involucrados. Como referimos, se encuentran insertos en dinámicas de distribución y asignación de recursos y discursos, elaborados por otros, donde la noción de autonomía reivindicada se pierde en su propio contexto de producción. Y es como efecto de tales dinámicas de distribución y asignación de discursos y recursos sucede, tan habitualmente, esta distancia entre la “ley” y su aplicación⁴⁵.

Ahora bien, a nivel del derecho internacional existe lo que se ha denominado un “estándar internacional de derechos indígenas”. Este estándar estaría constituido no sólo por instrumentos internacionales de consagración de derechos como la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, sino en el consenso sobre la existencia de “principios generales en el sistema internacional”⁴⁶ que se han desarrollado en los años recientes para confirmar los derechos indígenas. En las últimas décadas se habrían producido modificaciones en el derecho internacional consuetudinario, estableciéndose un reconocimiento de los indígenas como grupos o colectivos diferenciados, desarrollándose normas positivas, doctrina y jurisprudencia relativa a ellos.

Creemos que la relevancia de este estándar puede ponderarse en relación a la jurisprudencia de la CIDH en materia de propiedad comunitaria, puesto que el caso “Comunidad Awas de Tingni c/ Nicaragua” del año 2001 este estándar ha permitido operar un desplazamiento de la propiedad privada vía la propiedad comunitaria, es decir a la inversa de lo que ha sucedido en la jurisprudencia nacional. La CIDH debió resolver sin aplicar artículo alguno de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a derechos específicamente indígenas. Pues, dada su ausencia dentro del marco del sistema americano de derechos y la legitimidad del reclamo identitario indígena en el contexto internacional de los derechos humanos, debió fallar re-significando el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe la protección de la propiedad privada o individual. La CIDH reconoció que “El artículo 21 protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas”. En este sentido, el caso Awas de Tingni (2001) representa el primer momento de ruptura en el que la propiedad privada en sí misma se re-significa. Esto se produce de modo tal que la propiedad privada no debe compartir un lugar en el modo de organización de lo social con la propiedad comunitaria, sino que ella misma -la propiedad privada-, en el sentido en que la CIDH lo ha

⁴⁵ Lo que nos interesa destacar aquí es que la falta de operatividad de los derechos de los pueblos indígenas, en este caso y en el caso de los derechos humanos en general, se explica necesariamente en relación a estas dinámicas político-económicas. Es por ello que la falta de aplicación de la ley no resulta una circunstancia coyuntural o un error en la técnica jurídica en sí misma, sino que se encuentra anclada en las determinaciones socio-políticas del discurso jurídico.

⁴⁶ Cf. Toledo Llancaqueo, V., “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina. 1990-2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización?” en Dávalos, P. (comp), *op. cit.*, p. 70.

entendido, contiene la garantía de la propiedad comunitaria. Es decir, la propiedad privada deja de ser aquello que conocíamos como propiedad privada hasta ahora.

En este caso la disputa jurídica particular y diferenciada implica una disputa política en tanto posee capacidad para reestructurar, re-significar el todo social, no se trata ya de la gestión de intereses de determinados particulares frente a otros o frente al Estado mismo, sino el impacto global que dicha reivindicación encarna. Evidentemente, esta reestructuración no acomete a nivel normativo del discurso jurídico, y probablemente no podría hacerlo, sino en los contextos situados y concretos en que una práctica jurídico-política se despliega.

A su vez, el caso de desplazamiento que hemos presentado involucra un replanteo de la tensión igualdad/diferencia, por cuanto la demanda de la diferencia por sí misma no podría garantizar una reestructuración de lo social, puesto que la diferencia entraña el riesgo de la pérdida en el abismo inconmensurable de lo contingente. Consideramos que una política emancipatoria resultaría viable sólo en la medida en que involucre lo diferente, el "Otro" en su tensión constitutiva con lo igual, lo "Mismo", así la relevancia de los derechos de las diferencias emergen en la actualización y re-configuración del principio de igualdad. Desde este punto de vista no aparece indispensable para un colectivo determinado identificado en torno de características contingentes reivindicar su diferencia para disputar políticamente su emancipación. Incluso ello corre el riesgo de obturar su propio potencial en la medida que podría alejar su reclamo del nudo estructural que organiza lo social.

Cuando una comunidad indígena particular reclama su derecho de propiedad comunitaria y su reconocimiento judicial se da en el apretado margen del derecho de prescripción adquisitiva de la legislación común privilegiando el respeto de la propiedad privada individual, ello no produce necesariamente dislocamiento alguno.

La posibilidad de disrupción, de ruptura creativa aparece en los intersticios en los que el reconocimiento de una determinada diferencia invade aquello que la igualdad, la pertenencia de todos, nombra: cuando la propiedad privada e individual que estructura nuestro modo de relación y cohesión social deja de ser aquello que era hasta ahora por efecto de una reivindicación -en nuestro caso la propiedad comunitaria indígena- que irrumpe en el ámbito de su sentido y lo re-configura. Es decir, no se trata del reconocimiento de la diferencia en sí mismo, aislado del todo social, sino como hemos señalado respecto del fallo de la Corte Interamericana en el caso "Comunidad Awas de Tingni c/ Nicaragua" del año 2001, lo determinante es el desplazamiento simbólico de la institución de la propiedad privada e individual a través del reconocimiento de la protección de la propiedad comunitaria que aparece ínsito en aquella. En este sentido es dable pensar la viabilidad emancipatoria de las reivindicaciones territoriales indígenas, Estas prácticas habilitan, a su vez la

subjetivación, en la forma de subjetivación política, es decir “la producción mediante una serie de actos de una instancia y una capacidad de enunciación que no eran identificables en un campo de experiencia dado, cuya identificación, por lo tanto, corre pareja con la nueva representación del campo de la experiencia”⁴⁷. La identificación del sujeto político coincide con la transformación en términos políticos por él operada, pues no se trata de un sujeto de transformación política que debe estar previamente constituido para iniciar el proceso político de transformación. A este tipo de prácticas disruptivas, que suspenden lo policial como el orden de lo instituido, Rancière se ha referido con la noción de subjetividad como operador político: los sin parte como aquellos que subjetivan un tiempo que no tienen, excluidos que se apropian de la igualdad para nombrarse junto a los iguales. En términos de Rancière la subjetividad política no se da como un producto histórico-sociológico de una determinada comunidad que toma conciencia de sí, sino como un operador. Ello implica que la subjetividad política sobreviene en el acto mismo de subjetivarse y es relativamente independiente de la comunidad, la clase, el colectivo que lo encarna. Rancière ha elaborado esta noción a partir de la consideración de “proletario” de Marx, no el sentido sociológico que luego se le atribuyera, sino en tanto situación de inclusión/exclusión; igual/diferente. De acuerdo con el filósofo: “ “Proletarios” significa, ante todo, aquel que no tiene parte, aquellos que viven sin más, y políticamente define aquellos que no son tan sólo seres vivos que producen, sino sujetos capaces de discutir y de decidir acerca de los asuntos de la comunidad”⁴⁸. Este punto deviene altamente trascendente en tanto para que haya disputa política y subjetividad política - propiamente- debe tratarse de una disputa que involucre el todo social, es decir que aquello que está en juego es la comunidad, la sociedad misma. Y es por ello que Rancière sostiene: “La política emancipatoria puede pensarse entonces como una manera de trabajar la universalidad inscrita en la ley para leer una igualdad que está todavía por construir, que no alcanza realidad sino en las operaciones que la verifican”⁴⁹.

CONCLUSIONES

Con toda la nota de provisoriedad que es dable atribuir a un ejercicio reflexivo que pretenda ser riguroso y crítico, proponemos las siguientes conclusiones. Creemos que en relación al movimiento indígena, conforme éste se ha desarrollado en Argentina y especialmente con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, puede sostenerse que lo indígena, la movilización indígena, no constituye un campo homogéneo de disputa política emancipatoria, ni tampoco puede darse por descontado que toda la

⁴⁷ Rancière, J., *El desacuerdo...*, op. cit., p. 52.

⁴⁸ Rancière, J., “Universalizar las capacidades de cualquiera. Entrevista a Jaques Rancière”. *Revista Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, Barcelona: Ed. Archipiélago, 2006 (consulta septiembre de 2008) n° 73-74. Disponible en Internet en: <http://mesetas.net/?q=node/118#comment-163>.

⁴⁹ Rancière, J., “La méthode de l’égalité”, en Vermeren, P. y Cornu, L., *La philosophie déplacée. Autour de Jacques Rancière*, Colloque de Cerisy, France: Horlieu Éditions, 2006, p. 509.

reivindicación indígena involucra una disrupción en términos de subjetivación política, al menos si se entiende junto con Rancière que la subjetivación política constituye un operador de la política. La potencialidad política de los reclamos indígenas, tanto por la vía legal como judicial, se encuentran altamente condicionados por el contexto económico, social, político y cultural, en el que ellos se articulan.

Nosotros hemos presentado una posibilidad de análisis de la virtualidad política de las prácticas que involucran colectivos indígenas, partiendo del estudio de casos judicializados en el territorio argentino pretendiendo explicitar los anclajes políticos de las instancias jurídico-judiciales y con el objetivo de contribuir a elucidar contextos de viabilidad emancipatoria. Así, hemos sostenido que en relación a reivindicaciones en torno de la diferencia, la viabilidad emancipatoria de los reclamos judiciales identitarios se encuentra condicionada por el modo en que ellos articulen la tensión constitutiva de la igualdad y la diferencia, explicitando el -o los- modo/s en que el reconocimiento de la diferencia produce a su vez una disrupción del todo social.