

Los derechos subjetivos de las comunidades originarias guaraníes: problemas que plantean al orden jurídico (art. 75, inc. 17 CN)



*Daniel Gualberto Gómez**

En tanto se considere que el derecho es un instrumento creado por los hombres para regular la vida social, las normas jurídicas avanzan y se ramifican hacia todas las áreas sociales. En lo que respecta a las comunidades aborígenes, se está produciendo en algunas regiones de nuestro país un verdadero etnocidio, es decir, la desaparición y exterminio de etnias y culturas. El inciso 17 del artículo 75 de la CN no es eficaz. ¿Hasta dónde el ordenamiento jurídico del país puede inmiscuirse y revisar las tradiciones y creencias de los miembros de los pueblos originarios, sin afectar derechos subjetivos fundamentales anteriores a ese orden jurídico? ¿A la luz de qué parámetros culturales y de pensamiento ha de juzgarse a las instituciones que se han dado los pueblos originarios para regir su propia vida comunitaria? ¿Cuáles son los límites morales y no meramente territoriales que debe tolerar el sistema jurídico nacional para propiciar la convivencia entre las diferentes comunidades y ciudadanos que la habitan? ¿Puede el derecho objetivo imponer una determinada ideología y el sostenimiento de una cultura predominante?

Las creencias espirituales y las tradiciones ancestrales que mantienen las comunidades aborígenes y, concretamente, las comunidades Mbya guaraníes establecen un tipo especial y particular de conocimiento, desarrollando patrones que entran a menudo en conflicto con los criterios culturales de la civilización occidental.

* Profesor titular Cátedra "A" Introducción al Derecho, Profesor Adjunto Cátedra "B" Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

Para dar solución a las reivindicaciones y reclamos de estas comunidades, las tradiciones de los pueblos aborígenes deben ser respetadas y valoradas a la luz de criterios superadores interdisciplinarios que pongan al derecho como un instrumento más para la solución política de dichos problemas, y no como el único instrumento ordenador.

El pueblo Mbya

La selva en la Argentina está en peligro de desaparecer. Solo quedan vestigios selváticos en las provincias argentinas de Tucumán, Chaco, Formosa y Misiones. El pueblo y la cultura Mbya guaraní, al igual que la selva, también está en peligro de extinción. Aún no se han mensurado las implicancias de semejante pérdida. Si se pierde la selva, se perderá irremediablemente, tal como someramente lo conocemos ahora, el pueblo Mbya y con ellos, para el débito de la humanidad, una cultura milenaria, sus secretos, una forma de vida comunitaria original y única.

La resistencia a la colonización europea encontró refugio en la selva. La lengua guaraní, expresión de su cultura, existió allí antes que la lengua castellana y portuguesa en América del Sur, y fue perdiendo progresiva presencia a medida que fue avanzando sobre estas tierras el español y el portugués. El pueblo Mbya nunca ha dejado de desarrollar y de preservar una visión cosmológica y panteísta del mundo, en la búsqueda terrenal de la *tierra sin mal*, partiendo del cumplimiento de normas sagradas denominadas *Teko marangatú*.

Un Mbya debe hablar su variante guaraní, casarse con una mujer del mismo grupo y vivir en una comunidad de la etnia, conforme a los principios que rigen la vida en comunidad, bautizado por un chamán que descubre una *palabra-alma* que le proporciona identidad y pertenencia al grupo (Bartolomé, 2009: 127).¹ La presencia de estos guaraníes en la provincia argentina de Misiones, data de (aproximadamente) hace más de mil años, según concuerdan muchos autores (Sampé; Noelli), conviviendo en principio con los gaynayá, sea de manera pacífica o bélica en forma intermitente y/o alternativa.

Entre los tres países (Argentina, Brasil y Paraguay) la población total del pueblo Mbya puede ser estimada en unos 35.000 habitantes atrapados en un dilema étnico, político, jurídico, cultural y ecológico que atraviesa las fronteras nacionales (Bartolomé, 2009). Los desplazamientos territoriales del pueblo representarían no una emigración sino una reterritorialización que viene a configurar una extensa sociedad en red que permea fronteras políticas y sociales.

El conocimiento total no es posible de ser alcanzado sino a través de una proyección existencial sin intolerancias, dominaciones, discriminaciones o explotaciones. De aquí pues que el sentido ideológico y nacionalista de los Estados no tiene importancia para este pueblo, ya que la membresía a una entidad estatal u organismo nacional no supone de modo alguno la renuncia a su pasado cultural preexistente y subsistente. Esta circunstancia es fundamental para entender cuáles son sus derechos y de qué manera

¹ Bartolomé, M. A. (2009). *Parientes de la selva: los guaraníes Mbya de la Argentina*. Asunción: CEADUC.

los reivindican, para conservar su noción peculiar de la territorialidad, reproduciendo sus diferencias culturales con la población juruá (blanca). Algunos autores no dejan de hacer notar, además, el cambio de la tradición guaraní guerrera a una nueva cosmovisión apologética de la paz y del amor (Clastres; Fauto; Codogan). Dentro de la estructura comunitaria, son los chamanes o Karái Opygua (los Pa'í) los depositarios o transmisores, intérpretes y reproductores de las cosmovisiones guaraníes, y hasta responsables de las reformulaciones ideológicas en los distintos contextos históricos. (Bartolomé, 2009).

La continua deforestación del hábitat natural producida por el colonizador apropiador ha llevado al pueblo Mbya a un estado actual de desesperación, ya que se acortan y desaparecen las posibilidades de desplegar su vida disfrutando del bienestar que le produce la selva. Es como si destruyeran su casa y aniquilaran su identidad. El concepto de *tierra sin mal*, sin embargo, no está necesariamente ligado a una tierra que proporcione bienestar material, ya que la tierra, en la creencia guaraní, está dotada de una espiritualidad que debe ser interpretada para ser alcanzada, esto es, no es cualquier tierra la que se encuentra exenta del mal, sino aquella tierra objeto de deseo espiritual y que también posee un sentido de tal índole o naturaleza. No hay posesión, hay una relación con la tierra que debe ser desarrollada y cultivada.

Frente a las declaraciones formales del Estado, algunas comunidades han adoptado una postura estratégica para salvaguardar su cultura, su hábitat y, en definitiva, su existencia, mediante decisiones tomadas en asambleas, donde todos sus miembros pueden tener participación, son escuchados y se generan debates de donde surgen los consensos necesarios para la elaboración de las políticas que permitan a estas comunidades el reconocimiento de sus atributos.

La cuestión cultural. Cultura y derecho

Los sentidos y los alcances del mundo cultural son inconmensurables, ya que la mirada *del otro y de los otros* puede llevarnos a explorar límites no imaginados al momento de la creación del objeto cultural. El derecho también puede ser mirado y examinado como una cultura sin límites.² La mirada sobre el derecho debe respetar en cierto modo su contexto histórico, su idiosincrasia, su pertenencia a lugares y situaciones disímiles y no homogéneos, la génesis de sus tradiciones y costumbres, para que el enfoque retrospectivo nos traiga visos de realidad y de objetividad, es decir, para que se pueda realizar una reconstrucción del concepto en función de los nuevos tiempos.

El problema se plantea en ciertas concepciones del Estado moderno cuando el abordaje de las consecuencias que acarrearán distintas miradas sobre el ordenamiento jurídico trata de regular el entrelazado de actos, hechos y situaciones provenientes de diferentes culturas. Se discute si el abordaje o la mirada que debe prevalecer tiene que ser única o plural.

² “Decir que el derecho no tiene límites no es sugerir que el derecho no sea controvertido. El derecho no reconoce los límites como barreras jurisdiccionales particulares más allá de las cuales no puede ir, sino como formas de experiencia en competencia”. Kahn, P. (2001). *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa, p.169.

Para muchos autores la cultura debe ser vista como un vehículo o un medio por el cual se negocia la relación grupal. Si no se presta la debida atención al fenómeno grupal y se la relaciona con la idea del egocentrismo en función del otro, se perpetúa alguna ilusión óptica y objetivismo falso que conlleva a una distorsión de la realidad, que –a su vez– perjudica el análisis de la llamada cuestión cultural. Tal es la postura de autores de la talla de Jameson y Žižek.³ Resulta por demás claro que la lucha de clases en estos autores juega un rol fundamental en la comprensión y explicación de toda relación sociológica y/o de poder. No obstante, cabe aclarar que al decir que la sociedad supone un sistema normativo, este sistema o conjunto de normas no necesariamente debe ser reducido al derecho, ya que las formas normativas de regulación de la conducta humana pueden ser variadas, siendo el derecho tan solo una de estas formas, sin que esté del todo seguro de que sea la forma más fuerte de regulación, aun cuando haga uso de la coacción disponible en una sociedad. Por más que la historia en algún momento del siglo pasado ha prejuizado de “salvaje” la vida de los guaraníes y tomando en consideración además que se habla de comunidades guaraníes, lo cierto es que el despliegue de la religiosidad practicada y sus concepciones morales nos dan muestra acabada de una rica civilización autóctona.

En el plano moral hay ciertos principios que los guaraníes parecen haber sustentado. Las costumbres en principio no convalidan la venganza como una forma de justicia, mas no la descartan. En algunas ocasiones es convalidada por los directores morales de una comunidad a cargo del mismo ofendido (Bertoni, 1922: 172).⁴ El uso de armas contra los semejantes también se encuentra moralmente prohibido. Hay ciertas reglas vigentes que no pueden determinarse si son reglas jurídicas o morales porque la moral en la civilización guaraní está estrechamente ligada con las normas que pueden ser consideradas como jurídicas. No diría que están identificadas, pero sí que no se encuentran demarcadas, o estrictamente limitadas. Por ejemplo, no se puede matar animales preñados, la caza de animales solo se realiza cuando resulta estrictamente necesaria para la subsistencia; no se puede recoger los huevos de las aves si son silvestres o no se encuentran en el ámbito doméstico de una comunidad; las especies sagradas y las medicinales deben ser preservadas y sus usos deben ser limitados a los casos y en los supuestos estrictamente necesarios; por herida, igual herida; por muerte, igual muerte; el duelo se encuentra permitido siempre que sea con garrote; los golpes deben ser hechos para desarmar y no para matar; para continuar el duelo es necesario que el contrario recoja nuevamente su arma (su garrote); las causas del duelo solo serán por insulto personal, nunca por cuestiones de propiedad. La reserva es el principio de la integridad personal; el dolor y la sensibilidad debe ser manejado por cada individuo; disimular el dolor físico es una gran muestra de grandeza moral; hay que ser cuidadoso en no aparentar una gran vanidad; el trato debe ser reflexivo, tranquilo y reservado. Quien hace el bien tiene una ventaja moral, y la violencia nunca debe ser utilizada para educar. Parecieran ser tanto principios morales como jurídicos, pero firmemente arraigados en las costumbres guaraníes.

Estas costumbres, sea en forma de órdenes, por intermedio de la palabra o simplemente en forma ostensiva o ejemplificativa se pasan de generación a generación, de familia a familiares, por eso es

3 Jameson, F. y Žižek, S. (2008). *Estudios Culturales*. Buenos Aires: Paidós, p.103.

4 Bertoni, M. S. (1992). *La civilización guaraní*. Asunción: Ex Silvis.

tan importante la organización de la familia en la vida del pueblo guaraní. En el caso de los Mbya guaraníes, la cuestión de la distribución de los bienes por parte del derecho es compleja, puesto que involucra decisiones políticas, ideológicas y por supuesto culturales, que los guaraníes si bien lo aceptan, no están plenamente identificados, ya que la cultura occidental, por decir de algún modo, se contrapone en muchos puntos a las prácticas y concepciones culturales del pueblo Mbya. Ello debe ser considerado así puesto que los Mbya son portadores de una cultura ancestral que implica la adopción de una postura moral, religiosa, social y comunitaria que es anterior a la irrupción del Estado tal como lo entendemos en la actualidad.

De allí que si no se interpreta ni se comprende adecuadamente esta circunstancia, la imposición por parte del Estado de un discurso ideológico, de una moral positiva, de una religión extraña a sus creencias, y de un concepto de sociedad antes que el de comunidad, llevará necesariamente a la pérdida para la civilidad de una cultura que ha perdurado a través de siglos.

Debe haber pues, una especie de “libertad negativa” (Nino, 2013: 232)⁵ por parte del resto de la sociedad y sobre todo por parte del Estado de no interferir en el genuino disfrute de los parámetros culturales de las comunidades guaraníes en la Argentina. Para ello, resulta necesario conocer primero, interpretar luego y comprender después, que no se trata de una comunidad que comparte plenamente las actitudes y los presupuestos de una doctrina liberal de derechos, o de una economía de mercado, propias en algún sentido de la concepción occidental y capitalista. La interculturalidad, en opinión de Camilo Borrero (2003),⁶ supone como partida el reconocimiento de la autonomía del derecho propio de cada cultura.

El problema que plantea el derecho indígena en general y el derecho de los guaraníes en particular radica en la forma de relación entre el derecho estatal y este derecho regional, por decirlo de algún modo. Implica también recocer la existencia de distintos sistemas jurídicos disímiles imperantes dentro de un mismo territorio, lo que para la concepción monista del derecho resultaría inaceptable, cuando se trata de derechos que son incompatibles. Esto es así, puesto que mientras que el derecho estatal es fundamentalmente escrito, el derecho indígena guaraní es de carácter consuetudinario, y quien no conoce las costumbres ancestrales del pueblo que lo practica no puede empatizar ni conocer sus bases o principios. Cuando un hecho es delito conforme al derecho estatal y que, dicho sea de paso, regula también la vida comunitaria de los aborígenes, y sin embargo esa misma conducta no constituye delito según las costumbres del derecho indígena, ¿quién debe juzgar las conductas?, ¿el tribunal estatal que desconoce básicamente la cultura indígena o los tribunales de las comunidades, que conocen sus costumbres e ignoran, a su vez, las regulaciones del Estado?

Los procesos de juzgamiento indígenas son inmediatos, rápidos y orales, mientras que los procesos estatales son escritos y largos. En el procedimiento indígena no hay sucesivas apelaciones ni revisiones y generalmente lo que decide quien juzga la acción es una decisión total, definitiva e irreversible. El

5 Nino, C. S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

6 Borrero García, C. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: Centro de Investigación y Educación Popular.

valor de la palabra oral o ritual tiene una fuerza mayor, ya que conlleva el compromiso y la ética respaldada por muchos años de práctica constante y permanente.

En el derecho aborígen existe un marcado compromiso comunitario en extirpar el mal o la conducta indeseada, y uno de los peores castigos que recibe un miembro de una comunidad aborígen es el repudio de la comunidad. Precisamente, por el valor que se otorga a la palabra y al cumplimiento de las normas, la culpa es muy grande.

El marco jurídico internacional y estatal

La protección a los derechos subjetivos de las comunidades originarias en general, en el ámbito internacional es extensa y amplia. La Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual estos optan libremente su condición política y persiguen también libremente su desarrollo económico, social y cultural. El texto de la Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007 sirve como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo de todos los pueblos y naciones. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el antecedente inmediato de este, que lleva el N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas, de otras poblaciones tribales y semitribales son los únicos instrumentos internacionales que se ocupan en particular de los derechos de los pueblos indígenas centrándose fundamentalmente en el problema de la discriminación/no discriminación hacia las comunidades aborígenes. Se aplica a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional; y a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Las 100 reglas de Brasilia constituyen pautas básicas para facilitar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables entre los que se encuentran las comunidades aborígenes. Las redes iberoamericanas de administración de justicia las fueron aprobando, haciéndolas de aplicación obligatoria en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. En este proceso, resulta sumamente importante destacar la adhesión que efectuara a tales reglas la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes el 21 de octubre de 2010.

Si bien la aplicación obligatoria de los estándares básicos se encuentra controvertida en ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, constituyen sin duda pautas de valoración especial y un aporte incommensurable para garantizar, precisamente, el acceso a la jurisdicción de los grupos vulnerables, entre los que cuentan particularmente las comunidades aborígenes. La eficacia en la aplicación de las

reglas y del sistema internacional referido a los derechos de las comunidades aborígenes dependerá fundamentalmente de la labor de sus destinatarios, es decir, de quienes en mayor o en menor medida son considerados como operadores del sistema jurídico, cortes supremas, jueces, fiscales, abogados, defensores, policías, penitenciarios, asociaciones profesionales del derecho.

La reforma constitucional del año 1994 incorporó a la Constitución Nacional el artículo 75, inciso 17, que textualmente establece: Corresponde al Congreso de la Nación

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Esta norma marca lo que metafóricamente puede describirse como *el infierno y el cielo* en el transcurso de la larga lucha de las reivindicaciones de los pueblos aborígenes. El cielo, por el reconocimiento de sus derechos al más alto nivel normativo, y el infierno, por la forma impuesta y casi inconsulta con que fue llevada a cabo la reforma en relación con las comunidades originarias, pero por sobre todo y fundamentalmente, por la cosificación que vivió durante cientos de años la comunidad aborígen.

Debemos recordar aquí que el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional instaura lo que se conoce como el “bloque de constitucionalidad”, que otorga valor constitucional a diversos tratados internacionales que pasan a formar parte de nuestro derecho interno con jerarquía superior a las leyes, algunos de los cuales se encuentran referidos puntualmente a las comunidades aborígenes.

En una enumeración que de modo alguno pretende ser exhaustiva o taxativa, son reconocidos a las comunidades aborígenes los siguientes derechos: a ser diferentes; a ser respetados en su diferencia; al territorio entendido este en el concepto más amplio y comprensivo posible; a ser considerados como preexistentes (étnica y culturalmente) al orden jurídico nacional; a la (su) identidad; a tener una educación bilingüe e intercultural; a ser reconocidos por el Estado; a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan; a recibir por parte del Estado nacional o provincial tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano; al mismo desarrollo humano; a ser participados o consultados en las gestiones y o actos referidas o que comprometan; a sus recursos naturales y a los intereses que de cualquier modo los afecte; a la autodeterminación o autogobierno; a la preservación de su idioma y de su cultura; a la personería jurídica, al acceso al sistema de justicia en condiciones de igualdad, de modo real y efectivo, es decir, el derecho a una tutela judicial efectiva. Es obvio que, además de los derechos apuntados, tienen los mismos derechos reconocidos a todos los ciudadanos en forma individual. De ellos, asumen singular

importancia los derechos electorales, activos y pasivos, el derecho a trabajar en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, los derechos previsionales, a la salud, y el derecho de acceso a una vivienda digna.

Hay varias leyes nacionales que se refieren a la llamada *cuestión indígena*, entre las que merecen destacarse, en primer término, la Ley Nacional N° 23302, que marcó la apertura de otra etapa con el nuevo advenimiento de la democracia luego de la dictadura del llamado Proceso de Reorganización Nacional y, en segundo lugar, la Ley N° 26160, que declara la emergencia sobre la posesión y propiedad de las tierras de las comunidades aborígenes, impidiendo su desalojo. El decreto reglamentario de la Ley nacional N° 26160 fue sancionado el 23 de agosto de 2007 (Decreto PEN N° 1122). Por su parte, la Ley nacional N° 26554 prorrogó los plazos acordados por la Ley N° 26160, y la Ley N° 26894 llevó la prórroga hasta el 23 de noviembre de 2017.

Sin embargo, como quedara dicho anteriormente, una de las primeras leyes nacionales que desde el retorno de la democracia a la vida política del país (1983) marcó y señaló los lineamientos futuros de la política nacional indígena no ha sido cumplimentada como se esperaba. La misma fue sancionada en el año 1985 (Ley nacional N° 23302), y aunque plagada de buenas intenciones, sus normas y declaraciones no fueron efectivas.

La reglamentación de la ley también a pesar de sus buenas intenciones, en lugar de simplificar los trámites de las adjudicaciones y concesiones de derechos previstos en la legislación, las hizo tan burocráticas que sus normas y disposiciones se tornaron de cumplimiento imposible, a más de no haber recibido la anuencia y adhesión de las provincias, por no disponer estas de los recursos necesarios para la implementación de sus políticas.

Por otro lado, la Ley nacional N° 26331, relativa a los presupuestos mínimos de protección de ambiental de bosques nativos y la Ley nacional 26522 de medios audiovisuales completan, básicamente, el panorama del marco jurídico nacional relacionado con los derechos de las comunidades aborígenes.

El artículo 19 de la primera de las normas generales mencionadas en el párrafo anterior (Ley N° 26331) estatuye que todo proyecto de desmonte o manejo sostenible de bosques nativos deberá reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas originarias del país que tradicionalmente ocupen esas tierras.

El artículo 24 en su inciso e) (Ley nacional N° 26331) establece como uno de los contenidos del estudio de impacto ambiental –cuando deba hacerse una autorización para desmonte o aprovechamiento sostenible– que deberá contener la descripción del ambiente en que desarrollará el proyecto: definición del área de influencia, estado de situación del medio natural y antrópico, con especial referencia a situación actualizada de pueblos indígenas, originarios o comunidades campesinas que habitan la zona; los componentes físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales; su dinámica e interacciones; los problemas ambientales y los valores patrimoniales.

La autoridad de aplicación que establece la ley, previo a cada concesión o autorización debe extremar las precauciones de control de los requisitos establecidos en dichos artículos.

La segunda de las normas generales referidas (Ley N° 26552) procura preservar entre otros objetivos la diversidad e identidad culturales, la diversidad lingüística y la impronta local de los contenidos audiovisuales. Así, se dice que la diversidad cultural y lingüística, al promover el respeto de la identidad cultural, las tradiciones y las religiones, es fundamental para el desarrollo de una sociedad de la información basada en el diálogo entre culturas y en una cooperación regional e internacional. Es un factor importante del desarrollo sostenible.

La Ley de la provincia de Misiones N° 2727 creó la Dirección Provincial de Asuntos Guaraníes. Dicha ley fue publicada en el *Boletín Oficial* de la provincia de Misiones, el 27 de diciembre de 1989. Por el artículo primero se instituye un régimen de promoción integral de las comunidades guaraníes existentes en la provincia de Misiones, fundado en el pleno respeto de sus valores culturales y espirituales y propias modalidades de vida.

La intención o espíritu legislativo fue otorgar en propiedad tierras fiscales a las comunidades indígenas que se inscriban conforme lo establecido en la ley en forma totalmente gratuita, aspecto este que fue parcialmente cumplido tanto en orden a la transmisión de tierras como en razón de los gastos generados, ya que el plan de adjudicación de tierras ocasionó conflictos entre las mismas comunidades, en tanto que casi un treinta por ciento de las comunidades existentes en la provincia no fueron favorecidos con la declaración legislativa, sea porque la totalidad de las peticiones no fueron escuchadas, sea por la falta de resolución de los conflictos territoriales que venían de arrastre bajo la vigencia de la legislación derogada.

Por otro lado, se estableció legalmente desde el año 2010 para la provincia de Misiones la Ley de Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos, que constituye un instrumento de cumplimiento esencial a los fines de la reivindicación de los derechos de las comunidades guaraníes. El Poder Ejecutivo de la Provincia de Misiones en el mes de julio de 2003 (Decreto N° 917) reconoció al Consejo de Ancianos Arandú y guías espirituales como instituciones representativas de la cultura y religiosidad ancestral de la nación Mbya guaraní. La Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Misiones reconoció por Disposición N° 097 del mes de agosto de 2003, como organismos comunitarios autoritativos, tanto a la comunidad indígena del Consejo de Ancianos como a los guías espirituales de la nación Mbya guaraní, mientras que la Secretaría de Culto dependiente de la Dirección Nacional respectiva de la nación reconoció y les otorgó a las mismas entidades los certificados de inscripción respectiva.

En la provincia de Misiones, algunos casos judiciales que involucraron como víctimas a niños de la comunidad Mbya tuvieron trascendencia mediática a nivel nacional y determinaron o posibilitaron no solo la discusión o el debate sobre los derechos subjetivos de las comunidades aborígenes, a veces en colisión con valores de la llamada cultura occidental, sino además sumieron en continuo estado deliberativo a dichas comunidades aborígenes Mbya que bregan para revertir el abandono en que se encuentran y la desatención por parte del Estado, tanto como para procurar obtener los medios a fin de no perder su hábitat natural y su cultura.

No viene al caso reproducir en este ámbito las innumerables teorías sobre la naturaleza de los derechos subjetivos, sus múltiples matices y conceptos, pero es bueno recordar que es aceptada la generalidad de

la tesis que afirma que así como no existen derechos subjetivos sin que correlativamente existan personas portadoras de deberes jurídicos, tampoco pueden existir las relaciones jurídicas sin un orden jurídico que les sirve de sustento o base. Concretamente, no hay derechos subjetivos ni relaciones jurídicas sin un orden jurídico que los contemple. Por ello, consideraba Kelsen un error ver al derecho subjetivo y objetivo de manera independiente y distinta, ya que estima metafóricamente que son dos caras de una misma moneda. No hay derecho subjetivo sin un orden jurídico que lo sustente y le sirva de base.

Los derechos subjetivos de las comunidades originarias

Problemas que plantea al orden jurídico el reconocimiento de estos derechos. Si bien cierto es, uno de los sentidos de uso de la expresión *derecho subjetivo*, está circunscripta a la relación jurídica (derechos y deberes en forma conjunta) o al cúmulo de relaciones jurídicas, de manera un poco más estricta, los derechos subjetivos están constituidas por ciertas prerrogativas, privilegios, inmunidades, potestades, competencias o capacidades que se hacen valer en forma individual o grupal frente a otras personas físicas o jurídicas, individuales, grupales o estatales. Los derechos subjetivos se hacen valer contra otros u otros por el carácter correlativo de los conceptos jurídicos fundamentales en juego y por el carácter social del derecho.

No existe un listado uniforme de derechos subjetivos. Existen derechos más o menos universalizados, pero la vigencia de tales derechos depende del régimen político que adopten los Estados y frente a los cuales se hacen valer. Con relación al tema del epígrafe, examinaré algunos pocos derechos subjetivos para demostrar problemas concretos que la realización de tales derechos origina problemas al orden jurídico.

El derecho a la tierra. El concepto de *territorio* para los guaraníes no es de naturaleza geográfica ni jurídica. Es un concepto que comprende estas dos acepciones, las abarca, pero va mucho más allá que estos significados tradicionales. La tierra está impregnada de espiritualidad, como toda la vida de la comunidad guaraní. Los guaraníes constituyen una nación sin fronteras. El concepto de frontera no lo entienden, ni los limita. Para los guaraníes el derecho de sus comunidades no tiene fronteras. La nación guaraní es anterior a la constitución de los Estados. La naturaleza migratoria del pueblo cuando interpretan un llamado de Dios que los incita a migrar, hace que sin dudar abandonen el sitio o territorio de instalación de su comunidad para ir en busca de la tierra prometida, de la tierra sin mal. El derecho a la tierra entonces es el derecho a la vida misma de los guaraníes.

Como lo hace notar Barón (2015), estamos en presencia de un movimiento de recomposición de las fronteras étnicas que cuestiona las categorías académicas y oficiales establecidas para analizar la alteridad. A criterio de este autor,⁷ el resurgimiento de la llamada *cuestión indígena* se debe entre otros muchos factores a dos aspectos fundamentales: la promulgación de disposiciones legales favorables a

7 Rodríguez Barón, N. (2015). Cultura jurídica Indígena en la Argentina. En M. Carrasco, A. Lombraña, N. Ojeda y S. Ramírez (coords.), *Antropología jurídica. Diálogos entre antropología y derecho*. Buenos Aires: Eudeba, p. 230.

la histórica reivindicación de tierras que ocupaban con anterioridad a la conquista; y la existencia de un contexto internacional propicio por tales demandas. Así dice este autor que

La lucha de los pueblos indígenas de Latinoamérica para decidir la mejor forma de gobernarse y de mantener sus identidades, sus lenguas, religiones, ha sido reconocida por el sistema jurídico internacional y nacional de manera parcial en algunos países.⁸

La relación con la tierra es una construcción constante de los aborígenes de tipo espiritual antes que material. Los guaraníes en particular construyen su relación con la selva, su hábitat natural y, por ende, a través de la selva, de la tierra que la sustenta. La destrucción u ocupación del hábitat natural donde construyen esa relación y desarrollan la espiritualidad constituye un agravio a la identidad e integridad cultural en forma directa, y en forma indirecta una afrenta al derecho a la vida. La tierra para el Mbya es la selva, el aire, el agua, el fuego, la vida, es decir, es todo lo necesario para el despliegue de su espiritualidad y de los atributos para el desarrollo de la vida de la comunidad.

El derecho a la salud. Los problemas de salud de las comunidades guaraníes Mbya en Misiones fueron tratados históricamente a través de la medicina administrada a través de los chamanes en base a árboles y arbustos medicinales que se encuentran en la misma selva y de donde se extrae la materia prima para el tratamiento del mal que afecte a algún miembro comunitario. La selva proporciona, pues, la medicina. Las propiedades medicinales de las especies arbóreas fueron transmitidas de generación en generación. El primer contacto o, si se quiere, el primer tratamiento para cualquier afección o enfermedad de un miembro de una comunidad es de índole doméstica. Esta metodología fue utilizada casi exclusivamente por los chamanes durante mucho tiempo, sobre todo en aquellas comunidades que estaban muy metidas en el espesor de la selva, de características migrantes, con poco acceso del hombre blanco (*yuruá*). Este primer contacto médico-paciente, si se quiere, hoy sigue siendo el mismo. Es decir, el diagnóstico y el tratamiento se realizan en la misma comunidad. Los remedios se consiguen en el monte, en la selva, y se acude en caso de enfermedad de algún miembro comunitario a quienes tradicionalmente en ese ámbito se encarga de la cura.

Si este contacto no tiene una evolución satisfactoria, se recurre luego a la medicina tradicional, siempre y cuando el *Karai* (hombre), o la *Kiña Karai* (mujer) lo consiente; es decir, se recurre a una atención primaria de la salud, generalmente coordinada por un agente sanitario, que es un miembro de la comunidad con conocimientos paramédicos, y que oficia de nexo o coordinador entre los centros asistenciales y la comunidad.

Para que se entienda: por ser miembros de la comunidad, los agentes sanitarios son los depositarios de la confianza de los miembros de la comunidad y sirven de nexos entre los Mbya con los médicos o centros asistenciales (medicina del blanco). Solamente en caso de extrema gravedad se recurre a la

⁸ *Ibid.*, p. 231.

atención hospitalaria o de un centro de alta complejidad, centros de salud especializados, siempre de naturaleza públicos, ya que, a los guaraníes, por los costos que representan los centros de salud privados, el acceso les está prácticamente vedado.

Según el diario digital *Misiones on line* (15/10/2018)

Unas 52.043 consultas se registraron este año en las Comunidades Mbya Guaraní, por parte de los equipos de Salud Indígena del Ministerio de Salud Pública de Misiones. Los equipos locales, distribuidos en toda la provincia, se acercan a diario a las aldeas fortaleciendo la atención primaria. Las consultas, fueron de índole médicas ambulatorias, controles de embarazo, controles del niño sano que comprenden controles antropométricos (peso/talla) y se aplicaron las vacunas del calendario obligatorio nacional. ... Otro dato interesante del trabajo que realizan a diario los agentes de Salud Indígena, es el rol que cumplen en las consultorías de acompañamiento y traslados a sus hermanos a hospitales. Ellos acompañan a sus hermanos con el fin de mediar las barreras idiomáticas y culturales para mejorar así la accesibilidad de la atención médica al paciente. Por otra parte, los agentes sanitarios Mbya Guaraní este año han realizado Talleres – Charlas, con el fin de guiar, capacitar y además compartieron conocimientos entre las familias en distintas temáticas como prevención de enfermedades, higiene, salud mental, nutrición entre otros temas.

La cultura guaraní descrea básicamente que la medicina blanca sea una alternativa válida para enfrentar en principio una afección o enfermedad de un miembro de la comunidad. Para ellos (los Mbya) es mejor recurrir a los chamanes o a la medicina que ancestralmente venían utilizando. La irrupción global de la economía consumista o de mercado ha impactado negativamente en los ámbitos de la comunidad. Tienen para exhibir a su favor la subsistencia de los guaraníes a todas las pestes y brotes infecciosos cuando se mantuvieron al margen o fuera de contacto con lo que consideran una invasión de la cultura blanca. No se conocen casos de guaraníes portadores de HIV (al menos no hay estadísticas al respecto), y esa circunstancia puede deberse a que las uniones se producen solamente en el ámbito de la comunidad. Pese a que están en zonas donde existen insectos vectores o transmisores de enfermedades (caso del mosquito con respecto al dengue y/o leishmaniasis) tampoco se conocen casos de estas enfermedades en el ámbito de dichas comunidades. Sin embargo, la ingesta de alimentos ultra procesados propios de los centros de alto consumo de índole capitalista, dio como resultado la presencia de niños con signos de obesidad. La desnutrición en el ámbito de las comunidades es bastante común y ello puede deberse en principio a que alimentos que sirven para morigerar los efectos de la desnutrición, como los derivados de la leche, no son consumidos preferentemente por los guaraníes, ya que por las características de la selva no se dedican a la ganadería, aunque sí a la agricultura.

Derecho a la educación. La constitución Nacional Argentina expresamente dispone que corresponde al Congreso garantizar el derecho a una educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas (aborígenes) (art. 75 inc. 17).

En nuestro país la única educación obligatoria dispuesta por la legislación es la educación primaria. El problema que representa esta obligatoriedad con respecto a las comunidades guaraníes, y en general para todas las comunidades aborígenes, radica en la falta o carencia de programas especiales que respeten sus parámetros culturales en la enseñanza primigenia.

En la provincia de Corrientes, el guaraní es idioma oficial. Sin embargo, en casi ningún establecimiento escolar provincial de educación primaria se enseña el idioma guaraní. En la provincia de Misiones se han instalado a través de programas especiales establecimientos educativos comunitarios, que tampoco han logrado resultados satisfactorios por falta de acomodamiento de sus contenidos curriculares a las necesidades de la enseñanza de los educandos aborígenes.

El *teko kuaatí* constituye la cultura del papel, pero lo cierto es que la transmisión de la cultura en las comunidades aborígenes ha prescindido del papel como herramienta fundamental de captación de conocimientos, para ser predominantemente de naturaleza oral, que es el tipo de enseñanza que más pueden comprender, o la que les resulta más fácil de entender, sin mayores complicaciones, cuando es impartida en su propio idioma, por supuesto. Los auxiliares docentes bilingües que emergen de las comunidades poco y nada pueden hacer frente a la rigidez de los programas y contenidos curriculares que ya vienen diagramados de antemano desde los ministerios respectivos. El desconocimiento de la cultura Mbya es el principal obstáculo para obtener una optimización en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Por supuesto que existen otros factores, entre los que cuenta a la hora de evaluar esta situación, la falta de adaptación de las aulas a las costumbres de los aborígenes, quienes no están habituados a estar sentados y quietos durante las horas que implica el proceso educativo presencial.

Otra de las cuestiones del fracaso radica en que los maestros no solo deben estar varias horas al frente del aula, sino que reglamentariamente tienen una sobrecarga laboral al verse obligados a realizar la planificación y los informes a través de planillas que suelen ser engorrosas y atentan contra la practicidad que debe primar en estos casos. Resulta también necesario adecuar, coordinar y contemplar en los planes curriculares los símbolos propios de las comunidades, tales como los cánticos y juegos, sus patios sagrados, sus horas de oración.

La lengua de contacto puede ser la española o castellana en nuestro caso, pero en Misiones hay muchas comunidades que se manejan, además del castellano, con el idioma portugués, de modo que en ese detalle la adaptación del guaraní resulta necesaria para alcanzar en forma óptima los objetivos de la educación. No es resignación de soberanía, sino practicidad ante un problema concreto y real que no puede ser soslayado en función del objetivo propuesto. Asimismo, y con respecto al idioma guaraní, cada comunidad practica una especie de dialecto con deformaciones o matices propios, lo que dificulta el proceso de comunicación y entendimiento, y al que necesariamente hay que atender y conocer para el logro de los fines educativos.

La escolaridad, por otro lado, no debe reemplazar a la socialización primaria o la educación informal que es básica en la vida comunitaria, en opinión de Bartolomé (2009). El sistema según este autor, no debe obligarlos a consumir una cultura que no es la propia, sino que fundamentalmente los conteni-

dos educativos deben permitirles reproducir sus propias pautas culturales, ejercer su propia cultura, crearla y recrearla si resulta necesario. No debe ser, ni debe haber una imposición cultural, sino en todo caso una interrelación o un proceso de aprendizaje mutuo. “Aceptar el pluralismo cultural significa entre otras muchas cosas, no escandalizarse ante las aparentes contradicciones de los derechos ciudadanos, sino reconocer la existencia de ciudadanías diferenciadas” (Bartolomé, 2009).

En suma: la instrumentación positivista de las regulaciones jurídicas en la actualidad alcanza límites insospechados, que llegan a hacer prevalecer una cultura mayoritaria, imponiendo pautas y discursos oficiales (derecho como discurso del poder) que pueden eventualmente avasallar derechos subjetivos de las minorías. La solución positivista muchas veces se abstrae de materias que hay que evaluar para arribar a regulaciones justas, desechando los aportes que pueden ser realizados desde otras áreas sociales, como, por ejemplo, la sociología, la bioética, la antropología, la etnología, etc., haciendo prevalecer teorías económicas o utilitaristas, según las cuales, la obtención de un resultado se pondera más que la justicia del caso (Fernández, 2008).⁹

La reivindicación de los derechos subjetivos de las comunidades aborígenes guaraníes crean problemas al orden jurídico, en la medida en que las disposiciones del orden normativo estatal no reconocen la diversidad cultural, no la comprenden, ni se adecúan a otras pautas culturales que escapan a los valores de la llamada cultura occidental y al sistema capitalista actualmente imperante, produciendo desigualdades e inequidades, que deben ser objeto de reparación urgente a través de normas jurídicas y de políticas adecuadas a tal realidad, para no favorecer una especie de *etnocidio* realmente lamentable para la humanidad y para la vigencia de los derechos humanos que se deben respetar y proteger, que corresponden a las minorías y grupos vulnerables en el seno de una comunidad.

Lo que se postula es que, para dar solución a las reivindicaciones y reclamos de estas comunidades, las tradiciones de los pueblos aborígenes deben ser respetadas y valoradas a la luz de criterios superadores interdisciplinarios, que pongan al derecho como un instrumento más para la solución política de dichos problemas, y no como el único instrumento ordenador. Las normas jurídicas están, pero no se cumplen. Para el cumplimiento de las normas vigentes hace falta la decisión política, el conocimiento y difusión de estas realidades y sus pautas culturales, programas que contemplen estas dificultades, y la asignación de partidas presupuestarias nacionales y provinciales (recursos) que pongan materialmente en vigencia los derechos formalmente reconocidos.

9 Fernández, C. M. (2008). *Temas de Filosofía del Derecho*. Corrientes: Editorial Moglia.