



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Bazán, Víctor

Los derechos de los pueblos indígenas en clave de derecho interno e internacional

Estudios Constitucionales, vol. 2, núm. 1, 2004, pp. 37-98

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82020102>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CLAVE DE DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL

Víctor Bazán (*)

RESUMEN

El trabajo aborda diversas cuestiones sustanciales relativas a los derechos de los pueblos indígenas en la República Argentina desde las perspectivas constitucional, legal y jurisprudencial, advirtiendo sobre la mutación del paradigma que al respecto se ha verificado por conducto de la reforma constitucional de 1994, que diera cuerpo al precepto contenido en el art. 75, inc. 17, de la Ley Fundamental.

Entre otros aspectos relevantes y conflictivos, el autor analiza la conexión entre el derecho penal estatal y el derecho consuetudinario indígena; las proyecciones de la normativa constitucional sobre el sistema jurídico-penal; la interacción cultura hegemónica - culturas minoritarias; la temática relativa a la vinculación política criminal y diversidad cultural; y el arduo asunto del constitucionalismo y el multiculturalismo.

Asimismo, emprende un recorrido por el derecho comparado y las instancias iusinternacionales en materia de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas) en relación con la 'cuestión indígena', problemática que ve incrementada su importancia a partir de la creciente injerencia normativa y axiológica del derecho internacional de los derechos humanos y la potencial responsabilidad internacional en la que puede incurrir el Estado por violación (activa u omisiva) de sus obligaciones en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Derechos de los pueblos indígenas. Reforma constitucional argentina. Derecho interno. Vinculación del Derecho estatal y el derecho consuetudinario indígena. Diversidad cultural. Constitucionalismo y multiculturalismo. Derecho Comparado. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Responsabilidad internacional del Estado.

(*) Profesor Titular Efectivo de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado en "Derecho Procesal Constitucional", Universidad de Buenos Aires. Miembro Titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro Titular e integrante del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autor, coautor y coordinador de numerosos libros y artículos en temas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

Artículo recibido el 23 de agosto de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 30 de septiembre de 2004.
Correo electrónico: vicba2002ar@yahoo.com.ar

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Presentado en forma sintética, este trabajo buscará sucesivamente bosquejar el contexto normativo argentino en relación con los derechos de los pueblos indígenas, con particular énfasis en la nueva cláusula constitucional -introducida por conducto de la reforma de 1994 y plasmada en el art. 75, inc. 17- y, a partir de dicho precepto y su empalme con otras normas constitucionales y subconstitucionales, recalar en el relevante problema de la conexión entre el derecho penal estatal y el derecho consuetudinario indígena, expresión esta última que -aclarados desde ahora- debe interpretarse extensivamente dado que el *derecho indígena* incluye también aspectos normativos que no resultan fruto del uso y la repetición de prácticas concebidas como obligatorias¹; en todo caso, y en visión aglutinante, intentamos aludir al *derecho propio* de los pueblos indígenas.

No estarán ausentes una alusión a ciertos precedentes jurisprudenciales que directa o tangencialmente hacen referencia a distintos aspectos de la problemática indígena, un repaso de diversos antecedentes normativos verificables en el derecho comparado, ni un análisis de la interrelación del *ius puniendi* en cabeza del Estado con el respeto por la identidad y diversidad culturales que viene asegurado no solamente por preceptos nacionales sino también por cláusulas de garantía dispensadas por el derecho internacional de los derechos humanos, cuestión ésta que nos introducirá en la problemática de la potencial responsabilidad internacional en que puede incurrir el Estado como consecuencia de violar (por acción u omisión) las disposiciones protectorias de los derechos de los pueblos indígenas.

En otros términos, se indagará acerca de la factibilidad de concebir con lógica diferente la conexión entre el derecho penal estatal y el derecho consuetudinario indígena, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, los arts. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y/o 4.1, 5.a, 8.1 y 9.2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes) y a la luz del nuevo emplazamiento jerárquico adjudicado en nuestro país, por conducto del artículo constitucional 75, inc. 22, a los tratados y convenios internacionales *vis-à-vis* el derecho interno.

En el arco de elementos que conforman el itinerario propuesto quedará aún espacio para acometer una reflexión general sobre la trascendente labor de los magistrados judiciales en el sentido de cumplir y hacer cumplir el mandato constitucional referido a la temática en cuestión, incluso ante las omisiones de las restantes autoridades estatales; y, particularmente en relación con aquellos tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, nos deslizaremos hacia el examen de la conveniencia de que, al juzgar los delitos cometidos por los miembros de los pueblos indígenas, se tomen en consideración las pautas culturales y consuetudinarias de éstos en orden a que se vea protegida la integridad de los valores, prácticas e instituciones de tales pueblos, sin que ello implique que el Estado deba abdicar del *ius puniendi* que titulariza.

¹ En relación con este último aspecto, ver -*mutatis mutandi*- Aparicio, Marco, 2002. *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Barcelona, España, Cedecs Edit., pp. 123/124.

Asimismo, y a partir de un recorrido por el repertorio de precedentes de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y de algunos pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se procurará detectar la existencia de ciertas líneas salientes vinculadas con aspectos relevantes de la problemática indígena.

Dentro del esquema anunciado, *mutatis mutandi*, nos resulta aquí de utilidad reenviar a Pérez Luño, quien alude a la necesidad de captar al derecho en su entero desenvolvimiento tridimensional, desde su génesis en las conductas sociales hasta su formalización normativa y su legitimación axiológica². Extrapolando tal percepción al asunto en torno del que gira el trabajo, cabría destacar que la valencia axiológica de los bienes jurídicos comprometidos (identidad, particularidades culturales, pautas idiosincrásicas, ancestrales valores consuetudinarios enraizados en la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad étnica) exige del Estado que actúe responsablemente y no sólo se limite a dispensar bellas fórmulas léxicas plasmadas en textos normativos y no acompañadas de soluciones condignas en el sendero fáctico.

Ha llegado la hora de cambiar palabras por hechos y de acercar los usualmente lejanos extremos de la brecha que separa la incontinencia fraseológica y el cumplimiento efectivo de las promesas normativas, trasuntándolas en conductas perceptibles y realizaciones concretas.

En línea con ello, nos permitimos hacer votos porque el precepto constitucional que consagra los derechos de los pueblos indígenas no sea sólo una mera cláusula simbólica y líricamente reivindicativa, que quede relegada a pervivir cautiva en las redes de la dialéctica, sino que, por el contrario, satisfaga los requerimientos que garanticen su vigencia sociológica y el cumplimiento de su cometido axiológico, para evitar la recreación de frustraciones e inequidades.

II. ESPECTRO NORMATIVO RELACIONADO CON LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. Mutación constitucional

La Ley N.º 24.309 –declaratoria de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional (en adelante: C.N.), que cristalizó en la importante modificación de 1994–, incluyó como tema habilitado por el Congreso para su debate en la Convención

² El citado autor español complementa su percepción sosteniendo que ello supone la conjugación de una perspectiva iusnaturalista con la teoría de la experiencia jurídica. Adscribe, así, a la tesis del iusnaturalismo crítico y deontológico, que –según su explicación– no niega juridicidad al derecho positivo injusto, mas establece los criterios para comprobar su disvalor y, por lo tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo. Subraya el catedrático aludido que la razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del derecho existente sino de las pautas axiológicas que deben informar al derecho positivo y que, cuando no lo hacen, legitiman su denuncia. Añade que ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden ser concebidos como compartimientos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable, desgranando a partir de tal percepción la conjugación del iusnaturalismo con la teoría de la experiencia jurídica (Pérez Luño, Antonio-Enrique, 1996. “En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos”. *Revista de Ciencias Sociales*. N.º 41, primer y segundo semestres de 1996, Valparaíso, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, pp. 241/242).

Constituyente, a la adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas (art. 3, pto. LL).

Sucedía que en el texto constitucional histórico de 1853/60³ se plasmó una norma que estaba contenida en el sector de atribuciones del Congreso de la Nación (art. 67, inc. 15) y que aludía a la problemática indígena del siguiente modo: “Proveer a la seguridad de las fronteras; *conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo*”⁴ –subrayado nuestro–.

Si bien el desfase provocado por el anacronismo de tal precepto era evidente, debe reconocerse que tal previsión era “hija de su tiempo” y reflejaba la percepción y la cosmovisión que, sobre la “cuestión indígena”, sobrevolaba la época y el espíritu del constituyente histórico.

Con la modificación y reenumeración del articulado constitucional, a manos de la reforma de 1994, parte de aquel artículo pasó a ser el inc. 16 del art. 75 (“Proveer a la seguridad de las fronteras”), introduciéndose, como inc. 17 del aludido art. 75, una cláusula específica en materia de derechos de los pueblos indígenas argentinos, que textualmente expresa:

“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”.

Cabe poner de resalto que se borra la antigua referencia a los “indios” que brindaba el *ex* art. 67, inc. 15, y se pasa a formular un nuevo enunciado léxico, con una carga valorativa diversa de la que impregnaba a la norma sustituida. En torno del tema, Punte manifiesta que desde la perspectiva técnica es más exacta la palabra “indígenas”, de raíz latina, que significa “originarios del país”, que la voz “indios” que empleaba el tramo del precepto modificado, y que provenía de la convicción de los descubridores de haber llegado a las Indias⁵; ello, sin olvidar el tinte peyorativo del vocablo reemplazado.

El anacronismo normativo anunciado cobra mayor evidencia a partir de que en nuestra actual conciencia jurídica es (o debiera ser) impensable hablar de “conservar el trato pacífico con los indios” o de “promover la conversión de ellos al catolicismo”. La redacción con la que hoy cuenta el art. 75, inc. 17, constituye un avance (aun cuando

³ Para un análisis de las mutaciones sufridas a lo largo del tiempo por la cláusula constitucional sobre la problemática indígena, ver Bazán, Víctor, 2003. “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, en AA.VV., **Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción**. T° I, Santa Fe, Argentina, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pp. 171/210.

⁴ En el texto de 1853, la norma transcripta correspondía al art. 64, inc. 15. Con la reenumeración y revisión de 1860 pasó a ser el art. 67, inc. 15, conservando la misma redacción.

⁵ Punte, Roberto Antonio. “Los indígenas argentinos en la reforma constitucional (art. 75, inc. 17)”. *El Derecho*, T° 161, Buenos Aires, Argentina, p. 889.

se advierta la convergencia de algunas pautas de difícil concreción⁶) en cuanto al establecimiento normológico de ciertos lineamientos fundamentales referidos a los derechos de los pueblos indígenas argentinos⁷: v.gr., casualmente, la utilización del vocablo '*pueblos*' indígenas y no el de '*poblaciones*' indígenas; el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural; la obligación estatal de garantizar su derecho a la identidad.

Tangencialmente, permítasenos precisar que la diferencia terminológica entre los vocablos '*poblaciones*', utilizado por el Convenio N° 107 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante: OIT) sobre Poblaciones Indígenas y Tribales -de 1957-, y '*pueblos*', empleado por su sucesor, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes -de 1989-, no es sólo semántica, y en verdad es susceptible de tener importantes implicancias especialmente en el ámbito del derecho internacional, razón por la cual la modificación léxica (y axiológica) acometida por el Convenio N° 169 entraña un singular avance. Al respecto, Bronstein señala que para los grupos indígenas el término '*poblaciones*' posee connotaciones peyorativas o cuanto menos restrictivas pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a una sociedad dominante; en contraste, el término '*pueblo*', tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales⁸.

⁶ Así, y en tren de anunciar potenciales inconvenientes, Lucena Salmoral advierte -entre otras incógnitas- sobre la dificultad de implementación práctica del derecho "a una educación bilingüe e intercultural", pues requerirá de un costoso aparato educativo, además de la necesidad de planificar cuidadosamente sobre el particular para evitar el exterminio "de las culturas ya existentes por integrar sus partes a nacionalidades culturalmente diferenciadas"; la conflictiva temática de regular la entrega a las comunidades indígenas de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, pues -entiende- puede suceder que haya que expropiárselas o adquirirlas a particulares para luego transferirlas a aquellas comunidades, lo que -más allá de ser una "idea realmente bella" - "podría motivar la paradoja de que las tierras que les quitaron a los indios para privatizarlas sean ahora compradas"; o, por último, la de la participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que les afecten, en tanto pone el caso de la aparición de petróleo en las tierras de la comunidad indígena (tal como sucedió en Colombia -Putumayo-; en Ecuador -Lago Agrio-; en Venezuela; etc.), recalando que, tradicionalmente, se ha resuelto el punto especificando que el subsuelo era propiedad de la Corona española y que, por esa causa, había sido traspasado a los patrimonios estatales de las naciones latinoamericanas, con lo que "se dejó a los indios sin un céntimo, teniendo además que asistir impasibles a la destrucción de su medio ambiente, donde tenían tierras de caza o cultivo" (Lucena Salmoral, Manuel, 1996. "Identidad de los pueblos indígenas", en **La Constitución argentina de nuestro tiempo**. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, pp. 261/262).

⁷ Se ha dicho que nuestra Constitución mantuvo durante más de un siglo, para vergüenza de los argentinos, el inc. 15 del art. 67, auténtico baldón que se corrigió con la reforma de 1994 estableciéndose en el actual art. 75, inc. 17, un valor totalmente distinto del sostenido en el vergonzoso artículo anterior, añadiéndose que la alternativa es que ese texto se convierta en una realidad viva que haga algo de justicia que durante siglos se les debe a los desterrados dueños de la tierra (Rojas, Mario Edgardo, 1999. "El Estado - Nación y el derecho de los pueblos indios". **La Ley**, T° 1999-B, Buenos Aires, Argentina, p. 227).

⁸ Bronstein, Arturo, 1999. "Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión", en **Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas**. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 14 y ss.; cit. por Iturraspe, Francisco, 2002. "Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999", ponencia presentada al 'VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional', Mesa 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002.

Vinculando las previsiones de ambas normas (anterior y posterior a la reforma de 1994), se ha puntualizado que, si se considera que en el texto constitucional de 1853 se establecía el trato pacífico con los indios y su conversión al catolicismo, y que aquél había permanecido inalterado hasta fines del siglo XX, puede apreciarse la magnitud de la modificación; pasando a añadirse que los fundamentos del nuevo artículo definen a la Argentina como un país multiétnico y pluricultural, superando las tendencias hacia la asimilación y la homogeneización de la cultura nacional⁹.

2. Panorama normativo infraconstitucional

Vale evocar que el espectro legal en el que viene a insertarse -y a gobernar normativamente- la nueva disposición constitucional nacional, estaba compuesto troncalmente por las Leyes Nacs. N^{os} 23.302 y 24.071, a las que nos referiremos sucintamente a continuación¹⁰:

- ⊙ Entre otros aspectos regulados por la Ley Nac. 23.302 (B.O. del 12/11/85), se declaró de interés nacional la atención y el apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades (lo que incluía el acceso a la propiedad de la tierra, el fomento de su producción, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes). Asimismo, se creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Cabe recordar que debieron transcurrir más de tres años, para que tal normativa fuera reglamentada; lo que se concretó por medio del Decr. Nac. N^o 155/89 (B.O. de fecha 17/02/89); y
- ⊙ Mediante la Ley Nac. N^o 24.071 (B.O. del 20/04/92) se aprobó el aludido Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N^o 169), adoptado en Ginebra -en 1989- en la 76^a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (y ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000)¹¹, por el cual se revisa el también referido Convenio de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957 (N^o 107), aprobado por la Ley Nac. N^o 14.932 (B.O. de fecha 29/12/59).

Asimismo, debe computarse que la Ley Federal de Educación N^o 24.195 (B.O. del 05/05/93), dentro del Título II: “Principios Generales”, Capítulo I: “De la Política Educativa”, establece en su art. 5 que el Estado, al fijar los lineamientos de esta última, deberá respetar una serie de derechos, principios y criterios entre los que se cuenta

⁹ Slavsky, Leonor. “Antropología, política e identidad en la Argentina de fines del siglo XX”, Fuente: www.pueblosindigenas.net.

¹⁰ Ello, por supuesto, sin olvidar la existencia de una normativa genérica antidiscriminatoria. Aludimos a la Ley Nac. N^o 23.592 (publicada el 05/09/88), que sanciona civil y penalmente los actos y omisiones de ese carácter, reputándose tales aquellos basados en motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

¹¹ Permítasenos formular una aclaración: si bien el aludido Convenio fue aprobado por la mencionada Ley Nac. N^o 24.071, la administración del *ex* presidente Menem (iniciada en 1989 y concluida en 1999) no efectivizó el depósito en sede internacional del instrumento ratificatorio, lo que en definitiva fue concretado por el gobierno que encabezara De la Rúa, formalizando el pertinente depósito en Ginebra en fecha 03/07/2000, tal como se expone en el texto principal de este trabajo.

-por caso- ***el derecho de las comunidades aborígenes a preservar sus pautas culturales y al aprendizaje y enseñanza de su lengua, dando lugar a la participación de sus mayores en el proceso de enseñanza*** (inc. 'q').

Ya en época posterior a la reforma constitucional, se han dictado -entre otras- las siguientes normas:

- ⊙ Ley Nac. N° 24.375 (B.O. del 06/10/94), que aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), en cuyo art. 8, ap. 'j', se establece que, en la medida de lo posible y según proceda, cada Estado Contratante “***respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas*** y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” -énfasis añadido-;
- ⊙ Ley Nac. N° 24.544 (publicada el 20/10/95), aprobatoria del Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (suscripto en Madrid en 1992, durante la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno), que tiene como objeto establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de las señaladas zonas geográficas;
- ⊙ Ley Nac. N° 24.874 (B.O. del 29/09/97), por la que se declara de interés nacional, cultural, educativo y legislativo, el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, de la ONU (art. 1), y preceptúa que el Poder Ejecutivo determinará en los contenidos básicos comunes de la currícula de los niveles de educación general básica y polimodal, la divulgación de los aspectos sustantivos de la legislación indígena, incluyendo el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional y las actividades del “decenio” reforzando los conocimientos sobre las culturas y la realidad económico-social de los pueblos indígenas (art. 2);
- ⊙ Ley Nac. N° 24.956 (publicada el 28/05/98), sobre censo aborígen, que se refiere a la incorporación de la temática de autoidentificación de identidad y pertenencia a comunidades aborígenes al Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2000;
- ⊙ Ley Nac. N° 25.607 (B.O. del 08/07/2002), cuyo art. 1 establece la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el inc. 17 del art. 75 de la C.N. Asimismo, determina -ya en su art. 2- que la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de dicha campaña de difusión serán llevadas a cabo por la autoridad de aplicación (que, de acuerdo con el art. 7 de la ley, es la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior) con la cooperación del ya mencionado INAI y la participación activa y directa de las comunidades de los pueblos indígenas involucrados, los cuales serán convocados respetando sus formas de organización. Por último, es digno de resaltar un precepto de importancia que ha sido introducido en el art. 3 de la ley, en punto a que para el cumplimiento de los fines de ésta, el INAI facilitará a la autoridad de aplicación la traducción

del contenido del inc. 17 del art. 75 de la C.N. a las diferentes lenguas de los pueblos que hoy habitan en la República Argentina, en forma oral y escrita, debiendo la autoridad aplicativa poner especial cuidado en que las mencionadas traducciones y difusión no desvirtúen el contenido del artículo constitucional antes citado, en razón de tratarse de variados idiomas, culturas y tradiciones; y

- ◎ Ley Nac. N° 25.799 (B.O. del 01/12/2003), modificatoria de la N° 23.302, que esencialmente establece que el INAI gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas rurales y urbanas para los titulares de las tierras adjudicadas por la ley, ante organismos nacionales, e internacionales que desarrollen planes habitacionales de fomento. Además, propicia que se promueva la conservación de la cultura y la inserción socioeconómica de comunidades aborígenes, considerando una serie de aspectos relacionados con la generación de la infraestructura social básica y el posicionamiento económico de base primaria.

Más allá de la existencia de los dispositivos legales reseñados en los párrafos precedentes, corresponde recordar que, plasmado normativamente en la Ley Fundamental el precepto tuitivo de los derechos de los pueblos indígenas, para que el tratamiento del problema sea completo y coherente (y no meramente gatopardista), es menester que dicho parámetro normológico, axiológicamente reivindicatorio, tenga eficacia en el plano fáctico¹².

Y si bien la cláusula protectora de los derechos de los pueblos indígenas se encuentra alojada en el sector de atribuciones del Congreso de la Nación, por la consabida y teórica prohibición contenida en la señalada Ley Nac. N° 24.309 (art. 7¹³) de avanzar reformativamente sobre el perímetro y la superficie de la primigenia parte dogmática de la C.N.¹⁴, no ha dejado de encaramarse como una pauta valorativa que integra el plexo de derechos insoslayables¹⁵ que, a su vez, nutren lo que Bidart Campos denomina el derecho constitucional de la libertad y “la expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica”¹⁶.

¹² Ver, para ampliar, Bidart Campos, Germán J., 1995. **El derecho de la Constitución y su fuerza normativa**. Buenos Aires, Argentina, Ediar, p. 30.

¹³ El precepto disponía que “la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.

¹⁴ Al respecto, Sagüés denuncia un **contrabando normativo** del constituyente (Sagüés, Néstor Pedro, 1997. **Elementos de derecho constitucional**. T° 2, 2ª ed. actualiz. y ampl., Buenos Aires, Argentina, Astrea, p. 460).

¹⁵ Como refuerzo de nuestro argumento, es útil comprobar que en el Dictamen de la Comisión N° 5 -en cuyo seno se debatió la cláusula indígena- remitido a la Comisión N° 1 (de Redacción), se sugería la inclusión del texto (que cristalizara en el art. 75, inc. 17, de la C.N.), como artículo nuevo del Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Ley Fundamental.

Conviene recordar que, modificación constitucional mediante, se acopló a dicha Parte un Capítulo Segundo (titulado ‘Nuevos Derechos y Garantías’) que se extiende entre los arts. 36 a 43.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J., 2000. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. T° I-A, nueva ed. ampl. y actualiz. a 1999-2000, Buenos Aires, Argentina, Ediar, pp. 358 y ss.

Por tanto, y sin perjuicio de la localización *geográfica* de la aludida norma, ella entraña un mandato no sólo para los legisladores, sino también (y además de involucrar necesariamente al Poder Ejecutivo) para los jueces, quienes pueden y deben suplir la desidia o renuencia de los restantes Poderes estatales¹⁷, pues –como *mutatis mutandi* se ha resuelto para salvar alguna omisión inconstitucional del Congreso– “tanto la tarea judicial [a través de las sentencias de los órganos jurisdiccionales] como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas”¹⁸.

3. Breves referencias al derecho comparado iberoamericano y público provincial argentino

La modificación constitucional implementada en materia de derechos de los pueblos indígenas hace que nuestro país entre en sintonía con protecciones similares que, desde el derecho constitucional iberoamericano comparado y más allá de los diversos calibres de cobertura tuitiva de las respectivas disposiciones y de las distintas magnitudes cuantitativas de población indígena de cada país¹⁹, brindan, v.gr., las Leyes Fundamentales²⁰ de Bolivia (arts. 1; 171); Brasil (arts. 20.XI; 22.XIV; 49.XVI; 109.XI; 129.V; 176.1 °; 210.2 °; 215.1 °; 231; 232)²¹; Colombia (arts. 7; 10; 63; 68, anteúltimo

¹⁷ Sobre el tema, ver Bazán, Víctor, 1996. “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, **Desafíos del control de constitucionalidad**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Ciudad Argentina, pp. 171/269; Bazán, Víctor, 1997. “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en el volumen múltiple bajo la coordinación de tal autor, **Inconstitucionalidad por omisión**. Bogotá, Colombia, Ed. Temis, pp. 41/108; Bazán, Víctor, 2003. “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en VV.AA., **En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 91/286.

¹⁸ Considerando 22 del voto mayoritario emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Ekmekdjian c/ Sofovich” (del 07/07/92). El fallo puede consultarse en **La Ley**, T° 1992-C, Buenos Aires, Argentina, pp. 543 y ss.

¹⁹ La reseña de derecho comparado encarada en el texto vale al efecto ilustrativo y, para su lectura, cabe dejar a buen resguardo las diferencias verificables entre los distintos países analizados, que comienzan por las diversas magnitudes de población indígena en cada uno de ellos y se extiende a condiciones sociodemográficas y territoriales muy particulares de cada Estado (cfr. Gidi Villarreal, Emilio, 2002. “La reforma constitucional en materia indígena. Los derechos políticos”, ponencia presentada al ‘VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional’, Mesa 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002).

En tal sentido, mientras que para Argentina y Venezuela su población indígena alcanza apenas el 1.10% y el 1.48% de la población total respectivamente, Perú reporta el 38.39% y Guatemala el 48.01%, lo cual da lugar a problemas de distinta índole y magnitud (Fuente: **Derechos de los Pueblos Indígenas. Legislación en América Latina**. México, 1999, Comisión Nacional de Derechos Humanos; cit. por Gidi Villarreal, Emilio, *idem*).

²⁰ Es de gran utilidad compulsar, a los fines de obtener un repaso sintetizado de los elementos sobresalientes del constitucionalismo iberoamericano en relación con la cuestión indígena, la obra de Valadés, Diego, 2002. **Problemas constitucionales del Estado de derecho**. México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, particularmente lo escrito bajo el epígrafe de ‘Constitución y Etnias’, dentro del Capítulo referido a “Consideraciones acerca del régimen constitucional de la tolerancia”, pp. 92/96.

²¹ Para una breve referencia adicional sobre el ordenamiento constitucional brasileño *vid. infra*, nota 95.

párrafo; 72; 96.2.ºc; 171, párrafos 4º y 5º; 176, párrafos 3º y 4º; 246; 286; 287; 288; 329 y su párrafo único; 330 y su único párrafo; 339); Costa Rica (art. 76²²); Ecuador (Preámbulo y arts. 1; 3, inc. 1º; 24, inc. 10; 62; 66, párr. 2º; 68; 69; 83; 84; 97, aps. 12 y 20²³; 191, párr. 3º; 224; 228; 241); El Salvador (art. 62, párrafo 2º); Guatemala (arts. 58; 66 a 70; 76); Honduras (art. 173, 346); México (arts. 1; 2; 27, fracc. VII; 115, fracc. III, *in fine*)²⁴; Nicaragua (arts. 5, párr. 3º; 8; 11; 89 a 91; 107; 121; 180; 181); Panamá (arts. 84; 86, 104; 112; 120; 122, *in fine*, 123; 141.5; 321); Paraguay (arts. 62 a 67; 140); Perú (arts. 2, num. 19; 48; 88; 89; 149); y Venezuela (Preámbulo y arts. 9; 100; 119 a 126; 260).

Ad intra Nación argentina, el derecho público provincial comparado nos muestra que algunas Constituciones locales (además de cierta normativa infraconstitucional²⁵) han consagrado preceptos que, con diferente tenor protectivo, plasman el reconocimiento de los derechos indígenas. Así, las de:

- ⊙ Chaco, que en su art. 37 reconoce *-inter alia-* la preexistencia de los pueblos indígenas y su identidad étnica y cultural;
- ⊙ Chubut, cuyo art. 34 preceptúa que la provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad; promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Paralelamente, se reconoce a las comunidades indígenas existentes en Chubut: la posesión y la propiedad comunitarias sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; la propiedad intelectual y el producto económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro; su personería jurídica; y su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que las afectan;
- ⊙ Formosa, que en el art. 79 establece, entre otras cuestiones, que la provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos en la Constitución, y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos;
- ⊙ Jujuy, cuyo art. 50 dispone que la provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social;

²² Por conducto de la reforma constitucional 45, N° 7.878, de 27/05/99, publicada en la Gaceta N° 118 de 18/06/99, se produjo la modificación del mencionado artículo en lo tocante al idioma oficial y al fomento de las lenguas indígenas.

²³ Incluimos en la nómina a dicha cláusula (art. 97, ap. 20), pues ella presenta la significativa particularidad de considerar dentro de los deberes y las responsabilidades de los ciudadanos, literalmente (y de modo coetáneo plasmada en los idiomas quechua y castellano), al siguiente: *Ama quilla, ama llulla, ama shua*, esto es: No ser ocioso, no mentir, no robar.

²⁴ Para el tratamiento de la cuestión en México, y otras referencias al derecho comparado, ver Carbonell, Miguel, 2001. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México, D.F., Edit. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México. También, Rabasa Gamboa, Emilio, 2002. *Derecho constitucional indígena*. México, D.F., Edit. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México.

²⁵ Por ejemplo, las leyes dictadas en las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, Misiones, Río Negro, Salta y Santa Fe.

- ⊙ Río Negro, que en su art. 42 precisa que el Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial, paralelamente a asegurarle el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, etc.; y
- ⊙ Salta, que a través de su art. 15 prevé -entre otros aspectos- que la provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio provincial, reconociéndoles y garantizándoles el respeto por su identidad.

III. RECORRIDO POR ALGUNOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES CONECTADOS CON LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA

1. De la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En rigor de verdad, el análisis de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante: CSJN) en la materia, no arroja un resultado demasiado fecundo, pues los fallos al respecto no son numerosos ni cualitativamente relevantes, pudiendo visualizarse -v.gr.- una posición renuente a admitir la “personería jurídica para actuar en juicio” o la “personalidad jurídica” -expresiones que emplea, como veremos, según el fallo de que se trate- de las “comunidades de indígenas” o de la “tribu”, respectivamente.

A continuación, acometeremos un recorrido por ciertos precedentes que, anteriores o posteriores a la reforma constitucional de 1994, abordan directa o tangencialmente algunos aspectos de la ‘cuestión indígena’. Veamos:

a) “*Lorenzo Guari y otros c/ Provincia de Jujuy s/ Reivindicación*”

En “Guari”²⁶, la CSJN se pronunció - en un único y coincidente voto²⁷ - el 09/09/29. En cuanto a lo que aquí interesa, negó “personería jurídica para actuar en juicio” a las “comunidades de indígenas” invocadas en la demanda²⁸ ***porque no son de existencia necesaria ni de existencia posible***, en virtud de los claros preceptos del libro 1º, sección 1ª, título I del (entonces vigente texto) del Código Civil, y su existencia legal anterior a la vigencia de éste debió ser consagrada y acomodada a sus normas fundamentales.

Párrafo aparte merece lo afirmado en el considerando 10 por el Tribunal, en punto a que éste no es indiferente a las invocaciones de los actores en el sentido de la

²⁶ *Fallos*, 155:302.

²⁷ En aquel momento el Tribunal estaba integrado por los ministros Bermejo, Figueroa Alcorta, Repetto, Guido Lavalle y Sagarna.

²⁸ Los solicitantes decían ser nativos de los pueblos de Cochinoca y Casabindo de la Provincia de Jujuy, y se presentaron como representantes de vecinos de los pueblos de Abra Pampa, también de Jujuy, y de Rosario de Lerma, de la Provincia de Salta. Plantearon, contra la Provincia de Jujuy, una acción de reivindicación de los territorios de Cochinoca y Casabindo “y veinte leguas a la redonda de sus pueblos coterráneos”; es decir, un proceso sobre las mismas tierras que determinaron una contienda anterior entre la Provincia de Jujuy, por una parte, y los sucesores de don Fernando Campero, por la otra, sobre reivindicación, fallado el 21/04/1877 a favor de la primera (*vid. Fallos*, 19:29). No obstante ello, tanto dicho pleito cuanto el fallo dictado para dirimirlo, no podían afectar a Lorenzo Guari y los restantes actores merced a que éstos no fueron parte en el proceso, por lo que, al ser *res inter alios acta*, no les resultaba oponible la cosa juzgada.

injusticia que -según éstos- agravia a los seculares pobladores indígenas (heroicos defensores de la patria, honestos factores de su progreso): la desposesión de sus tierras, hogares y bienes; mas la Corte **aclara** que no estaba en el radio de sus facultades -marcadas por la C.N.- ponerles remedio, ya que -a diferencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norteamérica-, el Poder Judicial argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad, salvo lo que pudiera entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos.

b) “Abdón López”

En “Abdón López”²⁹, por mayoría (compuesta por los ministros Ortiz Basualdo, Chute, Cabral y Bidau), y en fecha 21/07/69, la CSJN declaró improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz, que revocó la del Juez de Primera Instancia que había hecho lugar al amparo requerido por el actor contra la resolución del Consejo Agrario Provincial que ordenó el desalojo de 3.000 animales laneros de la reserva indígena tehuelche de Camusu-Aike, ubicada en la zona sur del río Santa Cruz. Concretamente, se sostuvo que si la provincia ordenó el desalojo de dichos animales de la citada reserva, por considerarlos excesivos con relación al número de habitantes de la misma y perjudiciales para la debida conservación de la productividad del suelo y, además, porque tales animales eran de propiedad de un tercero no indígena, no estaba en juego la interpretación del (entonces) art. 67, inc. 15, de la C.N. (hoy, art. 75, inc. 17), tratándose -en el caso- de una medida adoptada por la provincia como titular del dominio y en ejercicio del poder de policía, tendiente al razonable y adecuado aprovechamiento de las tierras fiscales y al cumplimiento de una limitación impuesta al otorgarse el permiso para ocuparlas.

En disidencia votó el ministro Risolía, quien se expidió por el acogimiento del recurso extraordinario y la revocación de la sentencia cuestionada. Contrariamente a la decisión mayoritaria, sostuvo que -con arreglo al art. 67, inc. 15, de la C.N.-, lo atinente al trato con el indígena es un poder delegado a la Nación que las Provincias no pueden ejercer en colisión con el Gobierno Nacional. Asimismo, entendió que resultaba violatoria de la garantía de defensa en juicio y debía ser dejada sin efecto la resolución que rechazó el amparo intentado por un aborigen, nativo y residente en una reserva indígena, que ha acreditado ser propietario de hacienda lanar, contra la decisión de la autoridad administrativa provincial, que dispuso -sin resolución previa y notificada- el desalojo de aquella hacienda. No obstante la solución proyectada mediante la disidencia, cabe apreciar que se continuaba resaltando la política subyacente en la Constitución de 1853/60 y las leyes de la República en punto a la necesidad de lograr la plena “integración” del aborigen en la comunidad nacional; además, es claro que aún no se percibía la dimensión colectiva de la cuestión indígena, ya que el ministro disidente sostuvo que los aborígenes, una vez incorporados a la vida nacional e individualmente considerados, son para la C.N. personas con todos los derechos civiles y políticos propios de su condición de ciudadanos y habitantes y aun así, **cualquier acción que colectivamente los atienda**, la Constitución determina cuál es el poder que debe tratar con ellos, para conservar con los mismos relación pacífica, **reducirlos a nuestros hábitos y promover su conversión a la fe católica**.

²⁹ *Fallos*, 274:169.

c) *“Eulogio Frites y otra c/ Poder Ejecutivo Nacional
–Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto–”*

En breves palabras, los presentantes (Eulogio Frites y América Angélica Aleman de Barrera) “en nombre de los Pueblos Indígenas, sus organizaciones y comunidades” interpusieron una acción de amparo solicitando se fijara un plazo al Poder Ejecutivo Nacional para enviar los documentos de depósito de ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, que había sido aprobado por el Congreso argentino por medio de la Ley Nac. N° 24.071. Tal petición fue acogida en Primera Instancia, aunque con alcance diverso de la pretensión actora, lo que motivó que ambas partes (accionante y demandada) apelaran, obteniendo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal la revocación de dicho pronunciamiento y la declaración de improcedencia de la acción. Contra tal sentencia, los actores interpusieron el recurso extraordinario, cuya desestimación originó la queja.

La causa fue resuelta el 04/12/95³⁰. La mayoría del Tribunal (integrada por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Levene [h.] y Bossert) declaró inadmisibile, en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el recurso extraordinario cuya denegación motivara el recurso de hecho.

De tal criterio se separó Boggiano, quien en su disidencia mocionó hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, pero confirmar la sentencia apelada. Se sustentaba en que la ratificación de un tratado es indudablemente un acto internacional vinculante para el Estado y distinto de la aprobación por el Poder Legislativo, la que sólo implica autorizar al Ejecutivo a ratificar el tratado en sede internacional, por lo que la participación del Congreso, aunque necesaria, no es definitiva. Por tanto, sostuvo que es atribución del Poder Ejecutivo asumir para la Nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance del art. 75, inc. 22, de la C.N., es decir, con primacía sobre las leyes (volveremos sobre el particular).

d) *“Terrabón S.A.C.I.F.I.A. c/ Provincia de Buenos Aires”*

El 15/07/97, la CSJN dictó sentencia en la causa “Terrabón”³¹ (de competencia originaria del Alto Tribunal) y, en relación con lo que aquí interesa, citó el considerando octavo del precedente de “Guari” (*vid. supra*), puntualizando que *una “tribu” es una “entidad carente de personalidad jurídica”*. Así quedó expresado en los considerandos 18 de la mayoría –compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Petracchi, López y Bossert–, también del voto de Boggiano, y 21 del voto individual de Vázquez.

³⁰ *Fallos*, 318:2513.

³¹ *Fallos*, 320:1571.

Mutatis mutandi, y con el propósito de poner de relieve el contraste de las respectivas percepciones que se someten a comparación, traemos a colación la posición que específicamente asumiera la Corte Constitucional de Colombia³² en un pronunciamiento cronológicamente cercano al emitido en “Terrabón” por la Corte argentina. En aquel precedente³³ (“Córdoba Triviño, Jaime en: Grupo Étnico Indígena U’wa c/ Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.”³⁴), resuelto por la sala plena el 03/02/97, el Tribunal colombiano sostuvo contundentemente que no puede hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, **personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados**³⁵ -remarcado propio-³⁶.

³² No obstante que en el texto elogiamos en el particular la visión trasuntada por la Corte Constitucional de Colombia, y en orden a eludir toda parcialización de nuestro enfoque, dejamos también asentado que respecto del despliegue jurisprudencial de tal Tribunal en la materia, Aparicio ha sostenido que ese órgano no ha consolidado una única línea interpretativa sino que evidencia ciertas oscilaciones, que el autor grafica aludiendo ejemplificativamente a la Sentencia N° T-254 de 1994, en el sentido de la amplitud interpretativa en relación con las entidades territoriales indígenas, y a la Sentencia T-504 de 1993, en punto a una visión restrictiva sobre el particular; actitud desconcertante que -siempre en la visión autoral citada- se ha demostrado también en decisiones en las que la Corte debía resolver conflictos que “situaban el derecho indígena al mantenimiento de su integridad étnica y cultural frente a la salvaguarda de otros «intereses nacionales»” (*sic*), lo que ilustra reenviando a las Sentencias T-428 de 1992, en la que otorgó preferencia a la integridad étnica y cultural indígena frente al interés nacional (al calibrar la preponderancia o no del interés nacional -aunque reduciéndolo al económico de una región- que tiene la ampliación de una carretera que afectaba gravemente el territorio de una comunidad indígena), y N° T-405 de 1993, en la que privilegia el interés de la nación (acerca del control de tráfico aéreo en la lucha contra el narcotráfico por medio de la instalación de un radar en terrenos indígenas considerados, además, sagrados) [Aparicio, Marco, *op. cit.*, pp. 114/115].

³³ Cuya jurisdicción quedó estimulada por la remisión que le hiciera la Corte Suprema a partir de una petición efectuada por el Defensor del Pueblo, que había articulado una acción de tutela -ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá- contra el Ministerio de Medio Ambiente y contra la Sociedad Occidental de Colombia Inc., en representación de 19 ciudadanos miembros del Grupo Étnico Indígena U’wa, aclarando que se presentaba a nombre de sus representados, en calidad de ciudadanos individualmente considerados y como integrantes del grupo étnico para el que reclamaba su reconocimiento como sujeto colectivo de derechos fundamentales.

³⁴ Las referencias al fallo han sido extraídas de *La Ley*, *loc. cit.* en nota 7, Buenos Aires, Argentina, pp. 225/226.

³⁵ *Ibid.*, p. 225.

³⁶ Al solo efecto ilustrativo, vemos sobre el particular alguna interesante respuesta en nuestra jurisprudencia provincial argentina. Por ejemplo, vale traer a colación que ante el Juzgado de Familia de Puerto Madryn, Chubut, el presidente y representante de la Comunidad Aborigen de Balcuntre articuló un mandamiento de ejecución contra la titular del Ministerio de Cultura y Educación provincial a efectos de que no se instalaran comercios en el ámbito de la ciudad y que los ya instalados fueran clausurados, por la amenaza que para los derechos a la salud, la educación y la paz social supone el expendio de bebidas alcohólicas. Paralelamente, peticionó la concesión de una medida cautelar innovativa para que se prohibiera la venta de tales bebidas.

Es interesante recalcar que la jueza entendió que el presentante se encontraba **legitimado para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva de los niños y demás integrantes de la comunidad** e hizo lugar a la cautelar innovativa impetrada para que se proscribiera la venta de dicho tipo de bebidas en el ámbito de la aldea escolar en cuestión (resolución del 07/06/2000). A su tiempo, y ante la actividad desplegada por la funcionaria demandada, la magistrada interviniente juzgó agotada la acción planteada en el mandamiento de ejecución, declaró abstracta la cuestión y cargó las costas a la demandada (pronunciamiento del 22/06/2000).

Ambos pronunciamientos pueden ser consultados en *La Ley*, T° 2002-B, Buenos Aires, Argentina, pp. 93 y ss.

Añadió que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (artículo constitucional 80³⁷), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que los ocupan³⁸. Asimismo, estableció que el derecho fundamental del Grupo Étnico Indígena U'wa a preservar su identidad étnica, cultural, social y económica, se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho también fundamental, en los términos del artículo constitucional 40, num. 2³⁹: el de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones⁴⁰. La Corte colombiana puntualizó, por fin, que el otorgamiento de licencia ambiental –en el caso, a la Sociedad Occidental de Colombia Inc.– para la realización de actividades de prospección sísmica sin haberse agotado el procedimiento de consulta a la comunidad indígena situada en el lugar, vulnera no sólo los derechos de participación (art. 40, num. 2) y a la integridad de aquélla, sino también el derecho al debido proceso⁴¹.

2. Un fallo de la justicia provincial de Neuquén utilizado a modo de ‘caso testigo’

Abandonando los precedentes de la Corte Suprema, al solo efecto ilustrativo y para introducirnos en el abordaje de una cuestión que nos parece de gran trascendencia, reseñaremos un caso resuelto –obviamente, en el marco de la justicia provincial– por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén. Aludimos a la causa caratulada: “Puel, Raúl s/ Daño” (Expte. N° 228/98)⁴², fallada –por medio del Acuerdo N° 8/99– el 12/03/99.

a La causa

En ocasión de realizarse ciertos estudios en terrenos de la “Agrupación Mapuche Puel”, debidamente autorizados por el Lonco Vicente Puel, y que consistían en la demarcación y colocación de estacas en los mismos, el imputado (Sr. Raúl Puel, “criancero” perteneciente a dicha comunidad) procedió a levantarlas, destruyéndolas. Indicó haber actuado de ese modo en razón de que no se había solicitado su autorización para concretar tales trabajos en tierras que “consideraba” como propias.

En la instancia de mérito fue declarado autor penalmente responsable del delito de daño (art. 183 del Código Penal –en adelante C.P.–), se le impuso la pena de un mes de prisión en forma condicional, el cumplimiento de las reglas de conducta dispuestas en los incs. 1° y 3° del art. 27 –*bis- ibíd.* y se fijaron a su cargo las costas del proceso.

³⁷ Que dispone que el Estado deberá: planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados; y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

³⁸ *La Ley, loc. cit.* en nota 7, Buenos Aires, Argentina, p. 226.

³⁹ Que reconoce el derecho de todo ciudadano a tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

⁴⁰ *La Ley, loc. cit.* en nota 7, Buenos Aires, Argentina, p. 226.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² Para el comentario específico del fallo, ver Bazán, Víctor, 2000. “Justificación putativa, derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional”, *La Ley [Suplemento de Derecho Constitucional]*, Buenos Aires, Argentina, 18/09/2000, pp. 1/11, en esp. pp. 1/6.

La Defensora Oficial del encausado interpuso recurso de casación, el que, luego de ser admitido formalmente por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, fue acogido estimatoriamente por éste al entender que concurría el motivo casatorio establecido en el art. 415, inc. 1°, del Código Procesal Penal local, es decir, inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva. En síntesis, y discrepando parcialmente con la funcionaria recurrente, casó la sentencia criticada y absolvió -sin costas- al procesado.

b) Bases de sustentación del criterio absolutorio

A criterio del Tribunal sentenciante, la circunstancia de que el encausado se sintiera “propietario” de los terrenos, merecía del *a quo* un tratamiento más detallado a la luz de las particularidades culturales conformativas de la identidad de aquél, pues si bien las actividades realizadas en tales tierras eran objetivamente lícitas, el juez de grado debió ponderar más profundamente un aspecto de carácter subjetivo cual era el de que el imputado entendía que las tareas se desarrollaban en una tierra de su propiedad y, no obstante ello, no se había recabado su autorización.

Esta última circunstancia -siempre a juicio del *ad quem*- resultaba configurativa de una causa de justificación putativa, entendiéndola como aquella en la que “el sujeto agente, debido a una estructuración errónea del campo físico en su campo conductual alega que le asistieron [las justificantes] en respaldo de su conducta desajustada”⁴³. En síntesis, el fallo absolutorio se cimentó en la creencia que embargaba al encartado en el sentido de que ejercía un legítimo derecho (art. 34, inc. 4°, C.P.) y en la circunstancia de que tal ejercicio se veía viciado por un error no imputable (art. 34, inc. 1°, *ibíd.*), sustentado en las peculiaridades culturales de aquél, lo que empalmaba con la previsión tuitiva del derecho a la identidad indígena contenida en el art. 75, inc. 17, de la C.N.⁴⁴

⁴³ El fallo cita la definición de Tozzini, Carlos A., 1964. **Dolo, error y eximentes putativas**. Buenos Aires, Argentina, Depalma, p. 65.

⁴⁴ Al comentar la sentencia, Kalinsky sostiene que se reconoce por primera vez en un fallo, “que no hay duda es histórico”, el art. 75, inc. 17, de la C.N., relativo al reconocimiento de la preexistencia étnica de los pueblos originarios. Añade que se admite sin reticencia el principio de pluralidad cultural que es a todas luces un logro que tardó en concretarse. Según la antropóloga citada, el problema empieza cuando se dice que Puel “se siente propietario” de los terrenos, porque allí el análisis deja de cursar por una línea de razonamiento innovadora volviendo a caer en viejos vicios, como por ejemplo, el pretender que estas poblaciones indígenas están indefectiblemente sometidas a una suerte de falsa conciencia asimilable al concepto de “creencia”, lo que constituye -a su juicio- una falsa analogía, un vicio conceptual generado por la antropología que ha migrado a la opinión pública y a otras disciplinas. Luego de rememorar que si bien aquellas tierras pertenecen a la comunidad, indica que Puel consideró que se necesitaba de su autorización, ejerciendo entonces un legítimo derecho, por supuesto sobre la base de un error, razonamiento en el que precisamente -a juicio de la autora citada- se emplaza la base del error de la sentencia, entre otros motivos, porque Puel no actuó bajo una creencia errónea, con una causa de justificación putativa, sino que lo hizo con base en la costumbre que ha sido remozada a la luz de las condiciones actuales, por lo cual, si la justicia oficial hubiera considerado que era una conducta ilícita, debió haberlo condenado; y debió haberlo absuelto si se hubiera considerado que actuó en legítima defensa (como lo indica el Código Penal), pero sin los argumentos que lo dejan en desigualdad de condiciones (de reclamar, de peticionar, de razonar, de hacer valer derechos, de proclamar su concepción de propiedad). Concluye Kalinsky sosteniendo que, de esta forma y a pesar de la absolución, habría resultado más digno sopesar las condiciones de aislamiento geopolítico para argumentar sobre la licitud o ilicitud de su conducta (en Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, 2000. “Delito y diversidad cultural: una lectura interdisciplinaria de un fallo”, en *Ley, Razón y Justicia*. Año 2, N° 3, enero-julio de 2000, Neuquén, Argentina, pp. 277/280).

Es también interesante la remisión que al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) efectúa el fallo comentado, al acudir al art. 27 de aquél, que dispone en su parte pertinente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, **a tener su propia vida cultural...**” –énfasis añadido-. Nótese que tal norma acuerda la posibilidad a los individuos de presentar, si se cumplen las condiciones establecidas por el Protocolo Facultativo del PIDCP (del que la República Argentina es parte), comunicaciones ante el Comité de Derechos Humanos; asimismo, la implementación del mencionado art. 27 puede verificarse a través del sistema de informes⁴⁵.

El decisorio comentado hizo que la dimensión normológica descendiera al plano fáctico, enlazando el art. 75, inc. 17, con los arts. 31 y 75, inc. 22, de la C.N. y, dentro de esta última norma, con el art. 27 del PIDCP y la preceptiva aplicable del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; posteriormente, los conjugó con el art. 34, incs. 4° y 1° del C.P., para ofrecer una solución valiosa desde el plano dialéctico.

Y, aunque no lo nomine expresamente, el fallo reseñado cumple con las siguientes directrices del aludido Convenio N° 169 de la OIT:

- ⊙ Del art. 2.1, en cuanto a la obligación –en este caso, del gobierno argentino– de asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad;
- ⊙ del art. 4.1, en lo tocante a la adopción de medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones y las culturas de aquéllos;
- ⊙ del art. 5 ‘a’, en la medida en que se exige reconocer y proteger sus valores y prácticas –*inter alia*– sociales y culturales; y
- ⊙ la obligación genérica del art. 8.1 en el sentido de aplicarles la legislación nacional tomando debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; y la ya específica del art. 9.2, en punto al deber en cabeza de las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, de tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Además del respeto por el derecho a la identidad de los indígenas y a la protección de sus particularidades culturales, el fallo se asienta en una circunstancia que no puede ser omitida, cual es la especial relación de ellos –y en particular de los mapuches⁴⁶– con la tierra, problemática que constituye un importante elemento nutrido del precepto constitucional, ya que, al decir del convencional Rodolfo A. Díaz, en su inserción durante el despliegue de la Asamblea Constituyente de 1994:

⁴⁵ Symonides, Janusz, 1996. “The United Nations System Standard-Setting Instruments and Programmes Against Discrimination: Introductory Remarks”. *The Struggle Against Discrimination*. París, Francia, UNESCO, pp. 28/29.

⁴⁶ El pronunciamiento toma en consideración la especial vinculación de los mapuches con la tierra, recordando que ‘mapu’ es tierra y ‘che’ significa gente (primera cuestión, subap. II.2° .B.c.).

“[E]l esfuerzo que se hizo en las comisiones (...) fue entender una manera diferente de relación de los pueblos indígenas con la tierra. (...) Y nos quedó muy claro que el tipo de relación del hombre con la tierra en las culturas indígenas no es igual al tipo de relación del hombre y tierra que nos viene de nuestra tradición europea...”⁴⁷.

En sintonía con ello, nos parecen reveladoras las palabras que el prestigioso antropólogo y sociólogo Stavenhagen pronunciara en ocasión de brindar su peritaje en el caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua, primer caso referido a derechos de propiedad indígena que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió a la Corte Interamericana, y que ésta resolviera el 31/08/2001 –pronunciando sobre el que volveremos–⁴⁸:

“Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

“La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos” –en todos los casos el énfasis ha sido añadido–.

La importancia del tema no es menor; por el contrario, presenta implicancias polifacéticas y, para algunos, hasta impensadas. Sólo para graficar una de ellas, basta reenviar a lo afirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano que en su Observación General (en lo sucesivo: O.G.) N° 14, de 2000, sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (acerca de la que volveremos), subrayó que las actividades relacionadas con el desarrollo ***“que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”*** –remarcado agregado– (ap. 27).

⁴⁷ Ver transcripción en Bidart Campos, Germán J., 1995. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. T° VI [“La reforma constitucional de 1994”], Buenos Aires, Argentina, Ediar, p. 639.

⁴⁸ Ver subap. V.B.‘d’ de la sentencia de la Corte, dentro del extenso párrafo 83.

c) El fallo del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ante una hipotética lectura apresurada

Una lectura apresurada del fallo podría permitir acusarlo de arbitrario, por quebrar el principio de igualdad, establecer una suerte de “privilegio” al imputado por razón de su condición de indígena y constituir un peligroso precedente para que –en otras situaciones– los aborígenes puedan burlar los preceptos contenidos en la ley penal, bajo la simple invocación del art. 75, inc. 17, de la C.N. y la exigencia del respeto por sus pautas culturales y el derecho a su identidad.

Fuera del caso concreto, y mucho antes de la resolución que comentamos, SEGOVIA - SEGOVIA han criticado la cláusula indígena en el texto constitucional, sosteniendo –entre otras cosas y además de afirmar que los allí contenidos son derechos/privilegios–, que resulta violatoria del art. 16 de la C.N., “porque consagra expresamente ‘prerrogativas de sangre y de nacimiento’ de las que no goza ningún otro argentino”; se hacen pasar por derechos lo que son privilegios y se maquilla “con el nombre de igualdad lo que es una desigualdad acabada y flagrante”⁴⁹.

Sobre el punto, BIDART CAMPOS replica a tales autores apelando a los derechos a la identidad y a la diferencia como dos aspectos del derecho a la igualdad, pues las diferencias consustanciales al derecho a la identidad, impiden tratar a los diferentes de modo totalmente igual a los demás⁵⁰; a partir de allí, agrega que el hecho de ser indígenas supone que “necesitan disponer de sus derechos en la particular situación de su inserción concreta en una comunidad específicamente diferente, y que en todo lo que esa situación tiene de desigual con la del resto de la sociedad deben ser tratados también de manera distinta precisamente para que la igualdad real de oportunidades sea efectiva”, lo que no implica privilegiar la sangre, el nacimiento ni el origen étnico o racial, sino aplicar la regla de que a quienes se encuentran en circunstancias distintas no se los ha de nivelar igualitariamente porque, si así fuera, en vez de igualdad se impondría la desigualdad⁵¹. Añade –en argumento que compartimos y del que nos valemos para dejar sentado que no acordaríamos con la eventual tacha de arbitrariedad del fallo comentado⁵²– que la consecución de la igualdad demanda en muchos casos una serie de medidas y acciones que se encapsulan en la llamada discriminación inversa o indirecta⁵³. Por último, puntualiza el maestro que, asumiendo la cuestión a partir del respeto por el pluralismo, las normas que garantizan el derecho a la identidad y a la diferencia no equivalen a privilegio⁵⁴.

La polémica no deja de ser interesante, mas –como anunciábamos– no participaríamos de la crítica acerca de una presunta arbitrariedad de la sentencia, ya que no vemos quebrada la garantía de igualdad, sino una interpretación y aplicación

⁴⁹ Segovia, Gonzalo y Segovia, Juan Fernando, 1995. “La protección de los indígenas”, en AA.VV., **Derecho constitucional de la reforma de 1994**. T° I, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, Argentina, distr. Depalma, pp. 340/342.

⁵⁰ Bidart Campos, Germán J., 1996. **El derecho constitucional humanitario**. Buenos Aires, Argentina, Ediar, p. 169.

⁵¹ *Ibid.*, p. 171.

⁵² Reforma constitucional de 1994 mediante, vemos en ello un reflejo más de la mutación del techo ideológico de la Constitución, la nueva dimensión de la igualdad y la complementación del art. 16 de la C.N., que estatuye la igualdad *formal*, con otros preceptos que apuntan al logro de la igualdad *real o jurídica* (arts. 37 y 75, incs. 19 y 23, *ibid.*).

⁵³ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.* nota 50 (**El derecho constitucional...**), p. 172.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 173.

equilibradas del espectro normativo vigente a las exigencias y peculiaridades fácticas del caso. Con cargo de volver sobre tal ámbito temático, sólo permítasenos decir –con ZAGREBELSKY– que, de acuerdo con la concepción práctica del derecho, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento, lo que pone de relieve el carácter “bipolar” de la interpretación; a partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a aquél, en un procedimiento circular (el denominado “círculo interpretativo”), que concluye cuando se componen satisfactoriamente las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas. Por lo demás, advierte el citado constitucionalista italiano que “un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que éstas dirigen su fuerza normativa, serían obras extravagantes de ‘juristas puros’”⁵⁵.

Sin embargo, la afirmación volcada en el párrafo anterior no nos impide advertir que, de cara al futuro, será dable exigir una comprometida actitud de medida jurisdiccional para cohonestar los valores en juego: por una parte, los derechos de los pueblos indígenas, que exigen resguardo a partir del texto constitucional; y, por la otra, la necesidad –y el deber– de aplicar el *ius puniendi* que titulariza el Estado.

Ello, en mesurado contrapunto para evitar que, de un lado, se lesionen –soslayándolas– las pautas culturales de los aborígenes y la voluntaria sujeción de éstos a sus preceptos consuetudinarios y, paralelamente y por el otro, que quede erosionada la potestad estatal permitiendo burlar el deber represivo frente a la comisión de una conducta delictiva, al tiempo de erigir a modo de límite que aquella sumisión normativa de los indígenas se desenvuelva sin atentar contra los derechos y las pautas fundamentales deparados constitucionalmente⁵⁶.

El tema, conflictivo y no menos apasionante, nos tiende el puente hacia el asunto que abordaremos a continuación.

⁵⁵ Zagrebelsky, Gustavo, 1999. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, España, Ed. Trotta, pp. 133/134.

⁵⁶ Tal como lo preveía uno de los numerosos proyectos presentados a consideración de la Convención Constituyente de 1994, concretamente, el de Bibiana Babbini, Mario A. Olmedo y Nilda A. Gómez de Marelli, que apuntaba a permitir que los indígenas apliquen “libremente sus sistemas de organización política, cultural, social, económica y religiosa, y la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución” (**Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994**. Tº II, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia, Buenos Aires, Argentina, 1995, La Ley, p. 1141).

IV. DERECHO ESTATAL, *IUS PUNIENDI*, DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA

1. Planteo del tema

En la práctica, y disculpándonos por la aparente trivialidad del ejemplo, una forma útil de procurar contemporizar la coexistencia respetuosa de los valores de las comunidades⁵⁷ indígenas con los del grupo social *mayoritario*, radicaría en interpretar la presunta conducta antijurídica de un aborígen imputado, a la luz de la pauta cultural propia de su pueblo. Sería un buen comienzo para plasmar lo que, en mayor proporción y según Bidart Campos, constituye la necesidad de *integrarlos con sus diferencias*, esto es, hacerlos parte del resto de la sociedad sin que ello implique reclamarles la renuncia o abdicación de su estilo, sus diferencias, su idiosincrasia y su cultura⁵⁸. De tal modo, podría cumplirse el propósito que –al decir de Rosatti– busca perfilar el art. 75, inc. 17, de la C.N., esto es, “congeniar la identidad sociocultural del aborígen dentro de un contexto jurídico-político de mayor escala”⁵⁹ y superar la vetusta, y no menos injusta, política del asimilacionismo.

En visión convergente, Rojas asegura que el reconocimiento del derecho a la diferencia grupal plasmado actualmente en el art. 75, inc. 17, de la C.N. es, “por una parte, un gran paso hacia la plenitud de la libertad dentro del sistema de nuestras fronteras y por otro un signo más del ocaso de esa forma histórica, colosal y autocrática, llamada Estado nacional que ha entrado en colapso para dar paso a las próximas eras –esperemos que más democráticas– del continentalismo y del Estado universal”⁶⁰.

2. Conexión derecho positivo estatal y derecho consuetudinario indígena

El introito que delineáramos en el tándem de párrafos anteriores, nos conduce hacia una cuestión problemática y de vasto alcance: el conflictivo tema de la relación entre el derecho positivo del Estado y el derecho consuetudinario indígena; los puntos de fricción y de coexistencia de éste con los mandatos normativos emanados de los poderes constituidos de la sociedad nacional; la suerte de ambivalencia vivencial que presentan ciertas conductas, al ser tipificadas como delito para el derecho estatal, no siéndolo en la concepción de la comunidad indígena⁶¹o, por el contrario, infracciones

⁵⁷ Se ha explicado que el uso que en el texto constitucional se hace de las palabras ‘comunidad’ y ‘comunitario’, no se refiere meramente a los asentamientos físicos, sino a las unidades sociopolíticas locales en las que se articulan las sociedades indígenas y los aspectos económicos de las mismas (cfr. Altabe, Ricardo; Braunstein, José y González, Jorge A. “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional”. *El Derecho*, T° 164, Buenos Aires, Argentina, p. 1200).

⁵⁸ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.* nota 47 [*Tratado elemental...*], T° VI, pp. 373 y 372.

⁵⁹ Rosatti, Horacio D., 1994. “Status constitucional de los pueblos indígenas”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución*. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, p. 199.

⁶⁰ Rojas, Mario Edgardo, *op. cit.*, p. 231.

⁶¹ Stavenhagen ejemplifica la hipótesis aludiendo a la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes que, siendo generalmente reprimida en los órdenes nacionales e internacional, “para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales”, como es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México (Stavenhagen, Rodolfo, 1991. “Introducción al derecho indígena”. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año VI, N° 17, mayo-agosto de 1991, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 314).

que devienen censurables para ésta, que no son igualmente calificadas por la legislación penal estatal⁶²; la omisión de las autoridades estatales de reprimir alguna conducta delictual de un indígena y la determinación de asumir el reproche y castigo por parte de la comunidad aborígen a la que aquél pertenece⁶³; el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las comunidades nativas, haciendo aplicación de sus respectivos derechos consuetudinarios, con el límite de no violar la Constitución estatal y el insoslayable respeto por los derechos humanos fundamentales; el eventual desconocimiento de la normativa criminal del Estado por parte de los aborígenes; etc.

Cierto es que, en lo tocante a la última de las circunstancias reseñadas, el desconocimiento o la ignorancia de la ley no eximen de la obligación de cumplirla, pero –como afirma STAVENHAGEN– “la aplicación rígida de esta máxima conduce con frecuencia a grandes injusticias. De allí que quienes se preocupan más por la justicia que por la aplicación rígida de las leyes, reconocen la necesidad de dar flexibilidad a su aplicación”⁶⁴.

No se trata de desconocer el *ius puniendi* en cabeza del Estado; antes bien, el problema circula por la necesidad de aplicar *funcionalmente*⁶⁵ dicha potestad, tomando en consideración las particularidades idiosincrásicas y culturales de las comunidades indígenas.

Es que el denominado ‘paradigma del consenso’ puede refutarse –según García Vitor, quien se apoya en Baratta⁶⁶– a partir de una indagación sociológica que demuestra que en el marco de una sociedad moderna, concordantemente con su estructura pluralista y conflictiva, conviven junto a los valores y reglas sociales comunes algunos

⁶² El autor citado en la nota anterior alude a la problemática de la brujería, admitida y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito (ni siquiera su existencia admitida) en las legislaciones nacionales (*Idem*).

⁶³ Un despacho periodístico –de la agencia Infosc– daba cuenta de que los aborígenes de una comunidad guaraní de Alto Paraná condenarían a 30 días de arresto y azotes a su propio cacique, al acusarlo de asistir a un delincuente que estaba prófugo y negarse a colaborar con la Policía. Se dijo que se lo sometería a un consejo de caciques que le aplicaría “los castigos del caso” (*Diario de Cuyo*, 11/03/2000, San Juan, Argentina, p. 21).

⁶⁴ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.* [“Introducción al...”], p. 311.

⁶⁵ Empleamos tal adverbio no en el sentido de la teoría funcionalista del derecho penal orientado a los fines, impulsando la ‘renormativización’ de los conceptos jurídico-penales (Creus, Carlos, 1997. “¿Garantismo vs. Funcionalismo?”, en *Nueva doctrina penal*, 1997-B, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, p. 610) o refiriéndose a la incorporación de los intereses políticos a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y su ejecución (Parma, Carlos, 1997. *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*. Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 159, nota 99), sino que lo hacemos para connotar la idea de una interpretación *funcional* (discúlpesenos la tautología) que apunte hacia el desenvolvimiento y el desarrollo de la Constitución, debiendo cumplir –al decir de Sagüés– ciertas pautas básicas: interpretación práctica (hermenéutica para la aplicación, o sea, destinada a la acción); interpretación creativa (el juez constitucional inevitablemente tendrá que ejercer un papel innovador o creativo, al esclarecer, desenvolver, compatibilizar, integrar y hasta adaptar a la Constitución); interpretación previsora (verificar las consecuencias o medir los resultados de su producto interpretativo ya en la dimensión existencial); e interpretación política (como ‘política arquitectónica’, al definir y redefinir a la Constitución-instrumento de gobierno, al efectivizarla, al graduar y delimitar las competencias del Estado y armonizarlas con las de los particulares) [Sagüés, Néstor Pedro, 1998. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires, Argentina, Depalma, pp. 34/43].

⁶⁶ García Vitor, Enrique, 1994. *Diversidad Cultural y Derecho Penal*. Colección Jurídica y Social, N° 36, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 10. A su vez, tal autor cita a Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*. Siglo XXI, pp. 71 y ss.

específicos de grupos diversos o antagónicos, lo que implica que los valores y reglas seleccionados por el derecho penal no son, en consecuencia, aceptados unánimemente por la sociedad, sino sólo por el o los grupos de mayor peso, situación que demuestra la consecuente relatividad de los valores tutelados por los preceptos penales.

Se corporiza la necesidad de empalmar -sin disturbio institucional, o con la menor dosis posible de éste- el derecho consuetudinario indígena con la normatividad positiva del Estado, pues aquél se encuentra vinculado a otros e importantes elementos de la cultura y de la identidad étnica aborígen: la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia⁶⁷.

Es lo que sucedió, por ejemplo, con la desincriminación del coqueo o masticación (costumbre de gran arraigo en las comunidades del noroeste de nuestro país), plasmada en el art. 15 de la Ley Nac. N° 23.737, que reza: “La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, **no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes**” -remarcado añadido-.

3. Proyecciones de la normativa constitucional sobre el sistema jurídico-penal

En un valioso intento de sistematización, a partir de responder afirmativamente al interrogante acerca de si la nueva norma constitucional (art. 75, inc. 17) tiene incidencia o proyección sobre el sistema jurídico-penal en particular, Cesano esboza tentativamente dos proyecciones posibles de la cuestión⁶⁸:

- ⊙ a) Cuando dentro de la comunidad uno de sus miembros realiza una conducta reprochable tanto para el sistema de valores del grupo como por parte del derecho penal ordinario, tal conducta delictiva debería ser juzgada y sancionada exclusivamente por el derecho consuetudinario propio de aquélla⁶⁹; y
- ⊙ b) una segunda proyección se vincula con la necesidad de considerar, con un tratamiento jurídico diferenciado, aquellas situaciones en las que la conducta desplegada por el miembro de la comunidad no sea considerada delictiva en su cultura, pero sí para el derecho penal oficial, o, siendo desaprobada en general en su ámbito, en el caso particular no lo sea por razones culturales, siempre que en este caso afecte un derecho humano básico.

Ya en relación con las propuestas de solución para tan conflictivo problema, el autor citado sostiene que se han postulado varias de ellas tanto desde la política criminal cuanto desde la dogmática. Así, y en sistematización coherente con las

⁶⁷ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.* [“Introducción al...”], p. 310.

⁶⁸ Despliega el examen de tales proyecciones en Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, *op. cit.*, pp. 242/244.

⁶⁹ Afirmación que Cesano matiza acotando que ello no significa que, frente a determinadas normas culturales que importen permisiones extrañas al sistema normativo oficial (por la naturaleza particular de la valoración que la sostiene), éste deba permanecer inactivo, sobre todo cuando la inactividad del derecho comunitario pueda afectar el núcleo de derechos humanos básicos universales (de todas las personas, en todas las circunstancias); es decir, que en tales hipótesis no sería posible eludir la intervención de aquel sistema (*ibid.*, pp. 243/244).

proyecciones anunciadas, acota que –por su dirección– dichas soluciones se han orientado hacia⁷⁰:

- ⊙ a) Evitar la persecución penal del Estado a través de la incorporación de principios (basados en el reconocimiento de la existencia de un sistema consuetudinario que permite la solución del conflicto dentro de la comunidad y con sus propias normas) que permitan inhibir el ejercicio de la acción penal pública o, si ésta ya se hubiera iniciado, extinguirla (por ejemplo, la concepción que entiende que si los grupos étnicos poseen, de acuerdo con su cultura, un sistema sancionatorio o compositivo propio, la sanción estatal puede representar una doble punición por un mismo hecho, por lo que –según ZAFFARONI– en estos supuestos se hace necesario que cuando haya tenido o vaya a tener lugar una sanción o una solución compositiva conforme a las pautas tradicionales, pueda extinguirse o no entablarse la acción penal salvo que la solución resulte inaceptable para el reconocimiento de la dignidad de la persona humana⁷¹); y
- ⊙ b) proponer un tratamiento jurídico diferenciado al hecho delictivo cometido por el miembro de una comunidad, sea excluyendo el concepto jurídico de delito (por defecto de uno de sus elementos, v.gr., causa de inculpabilidad por error), o teniendo en cuenta las particularidades culturales derivadas de la pertenencia al grupo como correctivo (atenuación) para la imposición de la sanción (en este caso, y aclarando CESANO que su referencia no tiene ánimo de exhaustividad, afirma que es posible apreciar desde la perspectiva de los elementos negativos del delito que las propuestas se proyectan en los ámbitos de la justificación, la inimputabilidad y la inculpabilidad por vía del error).

4. En torno de la interacción cultura hegemónica–culturas minoritarias

Asimismo, y vinculado con lo anterior nos ha parecido útil traer a colación algunos postulados que proporciona GARCÍA VITOR, para quien la cultura hegemónica no puede imponerse sin más a las culturas minoritarias o a las diferentes, mismas que en un sistema democrático deben ser respetadas, debiendo tomarse en consideración que, en Latinoamérica, la cultura de las etnias aborígenes es anterior a la eurocéntrica; de lo que extrae que no pueden incriminarse conductas que las minorías étnicas, o grupos sociales culturalmente delimitados no pueden cumplir en virtud de diferencias con sus pautas valorativas, debiendo –en consecuencia– reconocerse vigencia a los sistemas de castigo que cada grupo posee, mientras no se afecten bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, orden público), de modo de evitar la doble punición⁷².

Por su parte, y en forma subsidiaria, el autor citado señala que debe acudir a las herramientas que proporciona la dogmática, a través de la justificación, el error, el estado de necesidad, la coacción o el miedo insuperables, o el concepto de culpabilidad material, para exculpar o disminuir la atribución de responsabilidad, individualizando la pena conforme a la misma⁷³.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 244/245 y 248.

⁷¹ Zaffaroni, Eugenio R. [coordinador], 1986. **Sistemas Penales y Derechos Humanos (Informe final)**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina, Depalma, pp. 57/58; aludido por Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, *op. cit.*, p. 245.

⁷² García Vitor, Enrique, *op. cit.*, p. 39.

⁷³ *Ídem*.

5. Política criminal y diversidad cultural

A través de un atractivo análisis que busca en la teoría del delito algunas soluciones para la cuestión planteada anteriormente, y aludiendo a la “adecuación social”, BECERRA⁷⁴ comenta en primer lugar la tendencia que se verifica desde hace algunas décadas en orden a que la teoría del delito, en el proceso de subsunción de la conducta a un tipo penal, abandone cierto apego al ideal científico del positivismo, es decir (y en palabras de WELZEL) que la tipicidad implica “relevancia social”⁷⁵ y, por ello, toda vez que las acciones o conductas analizadas impliquen una perfecta subsunción del caso a la norma, pero, sin embargo, no signifiquen en la vida real una perturbación social comprobada, *no deben ser consideradas típicas* (énfasis propio). Extendiendo tal percepción a la problemática examinada en el presente acápite, BECERRA señala que la adecuación social, como elemento del tipo penal, es el instrumento que permite tomar en consideración en el nivel de la tipicidad a las situaciones de diversidad cultural como supuesto de ausencia de tipicidad, dejando sentado que dicha interpretación debe tomar en cuenta el ámbito cultural en donde se desenvuelve la norma; para luego finalizar el autor citado indicando que, en ocasiones, la conducta se adecua a estas palabras de la ley, pero la norma no puede reclamar vigencia en un ámbito en el cual se transforma en una acción que es valorada por el contexto social en el cual se desenvuelve⁷⁶.

BECERRA defiende que la primera manifestación y el primer desafío de los juristas debe ser la **construcción** de una política criminal respetuosa de la diversidad cultural, lo que asegurará la vigencia práctica de la garantía de igualdad ante la ley -art. 16 de la Constitución Nacional-, puesto que si la justicia penal no respeta a aquella termina siendo una justicia discriminatoria en la cual cierto tipo de parámetro cultural es impuesto a quienes responden a un modelo distinto, al tiempo que afirma que un mismo patrón legal no puede regular rígidamente a más de un patrón cultural, dado que en esto reside un modelo de justicia autoritario, por lo menos, ella es una de las manifestaciones más nítidas de una justicia penal que respeta poco la dignidad del hombre⁷⁷(énfasis del original).

6. Cristalizaciones y proyectos normativos en el derecho comparado

El tema que nos convoca en esta parte del trabajo ha tenido alguna cristalización normativa; también, otra proyectada, aunque aún no concretada.

Entre la que ha sido convertida en derecho positivo, y plasmando distintas vertientes de las soluciones *supra* referidas en punto a las proyecciones de la conflictiva cuestión abordada, pueden computarse, v.gr., el Código Penal peruano (de 1991) que en su art. 15 establece: “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad

⁷⁴ Becerra, Nicolás, 1997. **Derecho Penal y diversidad cultural: la cuestión indígena**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Ciudad Argentina, pp. 24/26.

⁷⁵ Welzel, Hans. **Derecho penal alemán**. Trad. de la 12ª ed. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Ed. Jurídica de Chile, pp. 85 y ss.; cit. por Becerra, Nicolás, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁶ Becerra, Nicolás, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 20/21.

se halla disminuida se atenuará la pena”⁷⁸; y el Código Procesal Penal de Paraguay (sancionado y promulgado en 1998), cuyo art. 27 en su parte pertinente dispone: “(...) se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que se declare la extinción de la acción penal ante el juez de paz. El juez de paz convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al representante del ministerio público y a los representantes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Nacional”⁷⁹.

Dentro de la normativa proyectada, es dable verificar un antecedente en la Provincia de Neuquén (Rep. Argentina), en cuyo ámbito se redactó -en el año 2000- un anteproyecto de Código Procesal Penal (remitido en julio de 2001 a la Legislatura Provincial aunque -según la información a nuestro alcance- hasta la fecha -finales de 2002- no ha tenido tratamiento parlamentario), cuyo art. 40⁸⁰ -bajo el epígrafe “Comunidades indígenas”- prevé que “[c]uando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, declarará la extinción de la acción penal”. En su párrafo segundo, la mencionada cláusula dispone: “En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o el juez de paz en los casos que éste pueda intervenir. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por el resultado muerte”⁸¹. Como sostiene CESANO, el texto proyectado es casi idéntico al del art. 27 del Código Procesal Penal paraguayo, difiriendo, sin embargo, por el contenido del tercer párrafo ya que el neuquino no efectúa una reglamentación del trámite procedimental que debe llevarse a cabo a los fines de instrumentar el instituto, sino que se limita a excluir la aplicación de la norma en aquellos casos en que el delito cometido sea un homicidio doloso o un delito agravado por el resultado muerte⁸².

⁷⁸ Sobre el calibre ideológico y el contenido de tal precepto, ver la polémica autoral suscitada entre Francia, Luis, 1993. “Pluralidad cultural y derecho penal”. *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 47, Lima, Perú, pp. 493 y ss.; y Hurtado Pozo, José, 1995. “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 49, Lima, Perú, pp. 157 y ss.

⁷⁹ Texto conforme la edición de Bibliográfica Jurídica Paraguay S.R.L., Asunción, Paraguay, 1999; transcripto por Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, *op. cit.*, p. 246, texto y nota a pie de página 37.

⁸⁰ El anteproyecto contiene otra cláusula de interés, aunque con un alcance más amplio que la del art. 40 al que se alude en el texto. Nos referimos al art. 25 que, bajo el título “Diversidad cultural”, determina: “Cuando se trate de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas de referencia, los jueces le darán un tratamiento especial atendiendo a la diversidad cultural”.

⁸¹ Para un breve comentario de tal norma, ver Bidart Campos, Germán J., 2000. “Derecho Penal y Derecho Consuetudinario indígena”. *La Ley*, columna de opinión, 12/06/2000, Buenos Aires, Argentina, pp. 1/2.

⁸² En Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, *op. cit.*, p. 247.

7. Constitucionalismo y multiculturalismo

Por último, y en punto a un tema de mayor densidad (en el que el debate referido en las líneas precedentes queda inserto), cual es el de los modos de relación entre dos términos fundamentales de la discusión pública de nuestro tiempo: **constitucionalismo** y **multiculturalismo**, Cossío indica –a nuestro juicio, acertadamente– que si el indigenismo, que constituye una de las manifestaciones más relevantes del multiculturalismo, quiere tener algún grado de eficacia, la lucha multiculturalista tiene que concluir con la juridificación de las diferencias culturales⁸³.

Parafraseando a KYMLICKA, creemos que uno de los desafíos o claves a los que se enfrentan las democracias en la actualidad –contexto en el que naturalmente se encuentra inserto el sistema democrático argentino– se centra en la necesidad de encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables⁸⁴ a diversas cuestiones que plantea el multiculturalismo; en este caso concreto, al problema esbozado en el presente epígrafe, una de cuyas trascendentes irradiaciones consiste en la exigencia de diseñar mecanismos que armonicen los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, garantizando en todo caso el respeto por los derechos fundamentales⁸⁵.

Mutatis mutandi, no dejan de ser reveladoras las palabras de Binder, cuando señala que si el Derecho debe estar abierto a la diversidad, si el proceso penal es altamente sensible a las valoraciones, si la administración de justicia es la institución encargada de actualizar todo el ordenamiento jurídico y conducirlo hacia el caso concreto, la justicia y, en particular, la justicia penal debe estar abierta hacia la diversidad cultural a riesgo de ser ella misma discriminatoria, no tanto por acción sino por falta de ductilidad para reconocer esa diversidad⁸⁶.

⁸³ Cossío, José Ramón, 2000. “Constitucionalismo y multiculturalismo”. *Isonomía*. N° 12, abril de 2000, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., Distr. Fontamara, p. 89.

⁸⁴ Kymlicka, Will, 1996. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, España, Paidós, p. 13.

⁸⁵ Tal como quedó plasmado en una de las conclusiones del ‘VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional’, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002; concretamente referida a la Mesa 1: “Los Derechos Fundamentales y el Estado”.

Ampliando la idea anunciada en el texto, se concluyó en la prioridad *-inter alia-* “de incluir la eficacia de los derechos fundamentales como criterio de legitimidad del poder público; promover la incorporación a los textos constitucionales de los derechos de las generaciones futuras, los de las minorías y grupos vulnerables; y diseñar mecanismos que armonicen los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, respetando en todo caso los derechos fundamentales –respectivamente, conclusiones 1ª, 4ª y 8ª– (cfr. Márquez Romero, Raúl [coordinador], 2002. *Conclusiones y Relatorías del ‘VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional’*. Universidad Nacional Autónoma de México –Instituto de Investigaciones Jurídicas– e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 2002. Específicamente, las conclusiones generales relativas a “Los derechos fundamentales y el Estado” se encuentran en las pp. 15/16. Las relatorías, a cargo de Miguel Carbonell, obran en las pp. 29/44).

⁸⁶ Binder, Alberto, 1993. “Proceso penal y diversidad cultural. El caso de las comunidades indígenas”, Folletos N° 156 bis, fasc. 2, en *Justicia penal y sociedad. Revista guatemalteca de Ciencias Penales*. Año II, N° 5, 3-4, noviembre de 1993, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, Guatemala, p. 28.

V. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

1. Introito

Nos parece evidente que la omisión de respetar los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, más allá de entrañar una violación a la norma de derecho interno -constitucional-, es susceptible de generar responsabilidad internacional, circunstancia que se agrava en el caso de nuestro país, contexto en el que, por vía de la multicitada reforma de 1994 (concretamente en el art. 75, inc. 22, y luego de sentar como principio general que los tratados internacionales y concordatos tienen alcurnia suprallegal), se ha atribuido *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Los documentos originariamente beneficiarios de tal valencia son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A tal lista se han añadido, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820 -publicada el 29/05/97-) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778 -B.O. del 03/09/2003-).

Más allá de algunas alusiones que, vinculadas con la temática *sub discussio*, se formulan en los puntos siguientes directamente respecto del PIDCP, de la CADH y de la DADDH, e indirectamente acerca del PIDESC, corresponde no perder de vista que dentro del plexo de instrumentos internacionales a los que se ha inoculado *valencia constitucional* merecen también ser computados, ejemplificativamente, los arts. 1.4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y 29.1, aps. 'c' y 'd', y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como directrices a ser observadas por las autoridades estatales (magistrados jurisdiccionales incluidos) cuando se ventilen asuntos atinentes al alcance y cobertura tuitivos de los derechos de los pueblos indígenas.

Tampoco cabe olvidar, claro está y ya fuera de la enumeración del art. 75, inc. 22, en cuanto a los documentos con jerarquía constitucional, mas siempre con significativo valor hermenéutico, otros importantes instrumentos internacionales tuitivos del ser humano, *inter alia*:

- ⊙ La Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (UNESCO, 27/11/78), en cuyo art. 2 puede leerse que “todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales...”;

- ⊙ la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante: ONU) el 18/12/92 (Resolución N° 47/135);
- ⊙ las Resoluciones 275 (III), del 11/05/49, y 2.497 (XXIV), del 28/10/69, de la mencionada Asamblea General de la ONU;
- ⊙ la Resolución 313 (XI), del 24/07/50, del Consejo Económico y Social de la ONU;
- ⊙ el ya mencionado ap. 'j' del art. 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), aprobado por Argentina mediante la Ley Nac. N° 24.375 (B.O.) del 06/10/94), norma en la que se recomienda a los Estados que respeten, preserven y conserven los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas;
- ⊙ la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), en particular su capítulo 26, y la primera parte del párr. 20 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en la que se señala que los Estados deben adoptar de común acuerdo medidas positivas para asegurar el respeto de todos los derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre la base de no discriminación;
- ⊙ el Preámbulo y el art. 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1992), y el ap. 'e' del párr. 2° del art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación, en particular en África (1994);
- ⊙ asimismo, vale subrayar por su parte que el Proyecto de Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas –en cuya elaboración intervino el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, dentro del esquema de la ONU, como órgano dependiente de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías– establece en su art. 4 que ***los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener y fortalecer sus distintas características políticas, económicas, sociales y culturales, así como también sus sistemas jurídicos***, sin perjuicio de sus derechos a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado, si ésta es su opción –énfasis propio⁸⁷; y
- ⊙ por último, y en el marco regional americano, pueden anotarse ejemplificativamente: la Resolución XI aprobada por la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, 1938); la Carta Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Conferencia de Bogotá de 1948; y el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27/02/97, en su sesión 1.333ª, durante su 95° período de sesiones.

⁸⁷ Un comentario acerca de tal Proyecto puede compulsarse en Aparicio, Marco, *op. cit.*, pp. 66/72.

2. Reseña de precedentes de algunos órganos internacionales de protección de los derechos humanos acerca de diversos aspectos de la cuestión indígena

El trascendente emplazamiento que ostentan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos desnuda la opción axiológica del Estado argentino, al menos desde el plano normativo, sobre el particular, lo que produce –entre otras implicancias– la adquisición de singular valía de los informes, fallos, opiniones consultivas, etc., expedidos por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos *vis-à-vis* el derecho interno y la inoculación al texto y al espíritu constitucionales de la pauta *pro homine* o *favor libertatis*, que –según Pinto– constituye un criterio hermenéutico informador del derecho de los derechos humanos, en cuyo mérito se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringidas cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria⁸⁸.

En línea con ello, presentaremos a continuación ciertos precedentes verificables en la praxis de algunos órganos internacionales protectorios de derechos humanos⁸⁹ que ofrecen relevante vinculación con la cuestión en examen. Veamos:

A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

a) “Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito”⁹⁰

Básicamente la cuestión radicaba en la crisis suscitada respecto de los derechos de los indígenas en Nicaragua a causa del alegado antagonismo creado por la política del gobierno sandinista, que habría denegado la identidad étnica de aquellos pueblos y su derecho a la libre determinación.

En el caso, y si bien la Comisión concluyó en la carencia de un derecho de autonomía política o la libre determinación por parte de los miskitos, sumos y ramas de la costa atlántica, paralelamente entendió que tal situación no le concedía al gobierno de Nicaragua un derecho irrestricto a imponer una asimilación total de tales indígenas, la que, de producirse, generaría resultados que podían ser desastrosos.

⁸⁸ Pinto, Mónica, 1997. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian [compiladores], **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. CELS, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, p. 163.

⁸⁹ Sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas y las recomendaciones emitidas, respectivamente, por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver Bazán, Víctor, 2000. “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., **Derechos humanos. Corte Interamericana**. T° I, Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 91/165. También, Bazán, Víctor, 2000. “Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos con particular énfasis en el efecto de aquellas respecto de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Jus et Praxis*. Año 6, N° 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Chile, pp. 175/225.

⁹⁰ OEA/Ser. L/V/II.62, Doc. 10, rev. 3, 29/11/83, Original: Español.

En ese sentido, precisó que para que un grupo étnico pudiera subsistir preservando sus valores culturales, era fundamental que sus componentes estuvieran en posición de gozar de todos los derechos reconocidos por la CADH, pues de esta forma se garantizaría su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluía la preservación de una identidad cultural propia. Añadió que estaba reconocida la protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, respecto de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural y a la organización productiva, lo que –entre otros problemas– incluye el de las tierras ancestrales y comunales.

Por fin, consideró fundamental que pudieran lograrse nuevas condiciones de coexistencia entre las minorías étnicas y el gobierno de Nicaragua, para lo cual estimó necesario establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense; ordenamiento institucional que sólo podría cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo fuera diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con directa participación de aquellas minorías étnicas a través de sus representantes libremente elegidos.

b) “Informe Anual N° 1.984/85 contra Brasil, Res. 12/85, Caso 7.615, sobre los Yanomami”⁹¹

Al igual que en el caso reseñado anteriormente, en supuestos en que está en juego la preservación de la identidad cultural de los grupos étnicos, como son por ejemplo, las comunidades aborígenes⁹², la Comisión acude al PIDCP.

Así, sostuvo que “el derecho internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, ***de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural***”⁹³; añadiendo que “la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados”, además de que la propia Organización de los Estados Americanos (en adelante: OEA) “ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, ***la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos...***”⁹⁴ –en todos los casos, el remarcado nos corresponde–. La Comisión concluyó que Brasil⁹⁵ incurrió en responsabilidad por la omisión de adoptar oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami⁹⁶.

⁹¹ Cfr. pp. 31 y 32 del Informe.

⁹² Cfr. Fappiano, Oscar y Loayza Tamayo, Carolina, 1999. **Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –1971 a 1995–**. Buenos Aires, Argentina, Ábaco, p. 162.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Valga recordar que la actual Constitución de ese país (1988) consagra –al menos desde la letra– una de las soluciones normativas más avanzadas en materia de derechos indígenas, reconociéndoles con carácter permanente derechos originarios que les son inherentes por la condición que ostentan de ocupantes históricos iniciales y permanentes de sus tierras (ver, al respecto, los artículos constitucionales 231 y 232); además, y como garantía añadida, la inaplicación a las tierras indígenas de lo establecido en el art. 174, incs. 3° y 4°, en cuanto al favorecimiento estatal de la actividad garimpeira, es decir, la prospección y extracción de oro y metales preciosos en escala menor (tal protección está contenida en el inc. 7° del aludido art. 231).

⁹⁶ Habitan en torno del Orinoco en los actuales territorios de Venezuela y Brasil, estimándose en este último país en unas 10.000 personas aglutinadas en 150 comunidades. Ocupan un área indígena de 9.4 millones de hectáreas de bosque tropical en Brasil (cfr. **Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil** Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, OEA/Ser.L/V/II.97, Washington, D.C., 1997, p. 109).

Ilustrativamente, recordamos que la base fáctica desencadenante de la cuestión (señalado Caso 7.615, Resolución N° 12/85) puede ser resumida de la siguiente manera: con motivo del inicio –en 1973– de la construcción de la autopista BR-210, el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban los Yanomami fue invadido por trabajadores en la construcción de las mismas, geólogos, exploradores mineros y colonos que deseaban asentarse allí; invasiones llevadas a cabo sin previa y adecuada protección para la seguridad y la salubridad de tales indígenas, lo que aparejó un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc. Como consecuencia de la situación comentada, indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista mencionada las abandonaron convirtiéndose en mendigos o en prostitutas, sin que el Gobierno adoptase las medidas necesarias para impedirlo. Además, y con posterioridad al descubrimiento –en 1976– de minerales de estaño y otros metales en la región habitada por los Yanomami, se generaron graves conflictos que dieron origen a actos de violencia entre exploradores y explotadores de tales minerales, por una parte, y los indígenas, por la otra. Del cuadro expuesto surgía (a criterio de la Comisión) la responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de adoptar oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami.

En síntesis, la Comisión declaró que existían suficientes antecedentes y evidencias para concluir que, en razón de la omisión del Gobierno de Brasil de adoptar oportunas y eficaces medidas a favor de los indios Yanomami, se había producido una situación que trajo como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la DADDH: a la vida, la libertad y la seguridad (art. I); de residencia y tránsito (art. VIII); y a la preservación de la salud y bienestar (art. IX); no obstante, la Comisión reconoció las importantes medidas que en los últimos años previos al Informe, particularmente desde 1983, adoptó el Gobierno para proteger la seguridad, la salud y la integridad de los indios Yanomami.

Se ha sostenido que esta resolución fue doblemente importante porque confirmó que el sistema es capaz de procesar violaciones a derechos colectivos, como en el caso de la propiedad, la vida, la salud y el bienestar del pueblo Yanomami, añadiéndose que era la primera ocasión en que una resolución de un organismo intergubernamental solicitaba una delimitación y demarcación de esa naturaleza (concretamente, del Parque Yanomami, incluyendo más de 9 millones de hectáreas en su mayoría de bosque amazónico, hábitat de los Yanomami)⁹⁷. La resolución cubría, también, aspectos de salud, educación e integración social y, como en la época en que fue emitida Brasil aún no había ratificado la CADH, aquélla se basó en la violación del mencionado articulado de la Declaración.

⁹⁷ Cfr. “Doctrina y jurisprudencia de la Comisión sobre derechos indígenas (1970-1999)”, trabajo consultado en: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc58.htm>.

c) "Informe N° 34/98, Caso 11.610: 'Loren Laroye Riebe, Jorge Alberto Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz'", México, 05/05/98⁹⁸

Brevemente analizada, la cuestión se refiere a la denuncia articulada, en primer lugar, por los representantes del sacerdote católico estadounidense Loren Laroye Riebe Star y de los beneficiarios de seis proyectos educativos, económicos y de caridad en el Estado de Chiapas, México; a la que luego se agrega la ampliación de denuncia por el Taller Universitario de Derechos Humanos y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, alegando hechos violatorios de la CADH respecto de otros dos sacerdotes católicos extranjeros de la diócesis de San Cristóbal de las Casas, Chiapas: el Rev. Jorge Alberto Barón Guttlein, de nacionalidad argentina; y el Rev. Rodolfo Izal Elorz, de nacionalidad española.

En líneas generales, se alegaba la violación por parte de México, de los siguientes derechos consagrados en la CADH: integridad personal (art. 5); libertad personal (art. 7); garantías judiciales (art. 8); protección de la honra y de la dignidad (art. 11); libertad de conciencia y de religión (art. 12); libertad de pensamiento y expresión (art. 13); reunión (art. 15); libertad de asociación (art. 16); propiedad privada (art. 21); circulación y residencia (art. 22); igualdad ante la ley (art. 24); y protección judicial (art. 25).

Los hechos denunciados por los tres religiosos presentan notas en común. Veamos:

- ⊙ Riebe manifestó que el 22/06/95 fue sacado bajo un pretexto falso de su rectoría, encañonado con un arma por autoridades policiales que se negaron a identificarse y que carecían de orden de arresto, trasladando al peticionario a las instalaciones de la Policía Estatal Judicial de la ciudad de Tuxtla Gutiérrez, donde fue desnudado y sometido a un examen médico, no habiendo sido informado de las razones de su privación de libertad. Posteriormente, el Rev. Riebe fue llevado al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez;
- ⊙ por su parte, el Rev. Barón Guttlein indicó que en la misma fecha, y mientras viajaba a bordo de su vehículo, fue obligado a detenerse en el desvío de El Carmelito, Chiapas, por una camioneta, de la que descendieron cuatro hombres no identificados, quienes -sin mandamiento escrito o documento de autoridad alguna- lo hicieron descender, vendando sus ojos y cubriéndole el rostro con una chaqueta; fue, además, colocado en el suelo de la camioneta de sus captores, y viajó unas tres horas hasta llegar a destino (Tuxtla Gutiérrez), donde éstos le obligaron a desnudarse para que otra persona, tampoco identificada, le practicara un examen médico. Luego de ello, fue trasladado al aeropuerto de dicha ciudad, y
- ⊙ por último, Izal Elorz refirió que en idéntica fecha, y al tiempo que se desplazaba en su vehículo fue interceptado por varios individuos armados, quienes no se identificaron y lo despojaron de su automóvil, lo subieron a una camioneta, y lo trasladaron con rumbo desconocido; añade que, al llegar a Tuxtla Gutiérrez, fue conducido a las instalaciones de la Policía Judicial, donde lo desnudaron delante de sus captores para revisar posibles lesiones producidas por éstos. También se denuncia que fue sometido a un exhaustivo interrogatorio sin permitírsele la asesoría de un abogado. Posteriormente, fue llevado al aeropuerto de la ciudad.

⁹⁸ OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16/04/99, Original: Español.

Los tres religiosos, que habían sido conducidos al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez, fueron luego trasladados en un avión del Gobierno hasta el aeropuerto de la Ciudad de México, donde fueron sometidos a respectivos interrogatorios políticos por parte de autoridades mexicanas de inmigración, que versaron sobre los partidos políticos, los grupos políticos indígenas, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), y las ocupaciones de tierra.

La denuncia señaló, además, que las autoridades mexicanas intervinientes en el procedimiento descrito anunciaron que los tres sacerdotes serían expulsados por “realizar actividades no permitidas por su status migratorio”. Éstos fueron deportados a Miami, Estados Unidos, ciudad en la cual la Secretaría de Gobernación de México les hizo saber las causas de la deportación y las imputaciones hechas por las autoridades migratorias de ese Estado.

Producidos los trámites de rigor ante la Comisión (incluida la acumulación de las denuncias de los religiosos), el Estado mexicano planteó la inadmisibilidad de la petición por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. La pretensión defensiva fue rechazada por la Comisión por entender que la denuncia cumplía con los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 46 de la CADH, lo que así resolvió, disponiendo –además– transmitir el informe a los peticionarios y al Estado mexicano, continuar con el análisis sobre el fondo de la denuncia; y, hacer pública la decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

d) “Informe N° 31/99, Caso 11.763: ‘Masacre de Plan de Sánchez’”, Guatemala, 11/03/99⁹⁹

En este caso se denunció la masacre –producida el 18/07/82– de 268 habitantes de Plan de Sánchez, Baja Verapaz, por parte de miembros de las Fuerzas Armadas de Guatemala.

Los peticionarios sostuvieron que aquella fue perpetrada en ejecución de una política del Estado “dirigida a decapitar el movimiento insurgente por medio de la erradicación estratégica de su base de apoyo civil” y que las violaciones fueron en tal escala que representaban violaciones masivas de la CADH y las disposiciones pertinentes del derecho humanitario internacional, constituyendo crímenes contra la humanidad y genocidio. Alegaron que el Estado era responsable de los actos de sus agentes que mataron a hombres, mujeres y niños civiles, en violación de los arts. 4, 5, 7, 12, 13, 19, 21 y 24 de la CADH, por no responder con medidas de protección judicial y garantías, en violación de los arts. 8 y 25, y por no respetar y asegurar los derechos de las víctimas, en violación del art. 1.1. En particular, entendían que el Estado no había llevado a cabo una investigación seria destinada a establecer oficialmente los hechos y la responsabilidad por los delitos ni había enjuiciado y castigado a los autores materiales e intelectuales o reparado las consecuencias.

Caracterizaron la zona de Rabinal como habitada predominantemente por miembros de la población maya, y describieron a Plan de Sánchez –ubicada en el camino a Rabinal– como una localidad habitada enteramente por una población maya-achi en el momento de producirse los hechos en cuestión. Alegaron, también, que en 1982 los militares mantenían una fuerte presencia en Rabinal, y que los soldados preguntaban periódicamente en Plan de Sánchez acerca de los desplazamientos de los residentes

⁹⁹ OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev., 16/04/99, Original: Español.

varones, intimidando a los miembros de la población local, particularmente aquéllos que no participaban en las Patrullas de Autodefensa Civil, por lo que -siempre a criterio de los solicitantes- existía "un clima de temor considerable a principios de 1982 en Plan de Sánchez", y que a veces los hombres abandonaban la comunidad para esconderse de los soldados. Asimismo, precisaron que el domingo 18/07/82, día de mercado, los pobladores de las aldeas vecinas a Plan de Sánchez estaban pasando por la comunidad camino a Rabinal. Según la petición, entre las víctimas de la masacre se encontraban residentes de las comunidades de Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul, Chichupac, Plan de Sánchez y el centro municipal de Rabinal.

Paralelamente, afirmaron que la masacre de Plan de Sánchez fue llevada a cabo de acuerdo con la campaña de "tierra arrasada" del Estado, "dirigida a decapitar el movimiento insurgente a través de la erradicación estratégica de su base de apoyo civil". Indicaron que esta masacre fue una de las 42 desarrolladas por el Ejército en las zonas rurales de Guatemala en el mes de julio de 1982. Para tener una idea aproximada de la magnitud de la matanza, baste computar que en 1994 el Equipo de Antropología Forense de Guatemala exhumó 19 fosas en Plan de Sánchez, que contenían los restos de por lo menos 84 víctimas.

Por su parte, el Estado reconoció que la masacre de Plan de Sánchez ocurrió; pero sostuvo que las muertes fueron perpetradas en el contexto de un conflicto armado en el cual ambas partes cometieron abusos. Sin embargo, sostuvo que no estaba en condiciones de abordar la supuesta participación de las Fuerzas Armadas guatemaltecas, alegando a su vez que los peticionarios no agotaron los recursos internos como se requiere y que la denuncia fue presentada con posterioridad al límite temporal establecido en la Convención y en su Reglamento.

Contrariamente a la posición del Estado, la Comisión decidió admitir el caso e, *inter alia*, proceder al análisis del mérito del mismo, ponerse a disposición de las partes con el fin de alcanzar una solución amistosa y publicar la decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

e) "Informe N° 99/99, Caso 11.140: 'Mary y Carrie Dann'", Estados Unidos, 27/09/99¹⁰⁰

El informe se refiere a denuncias de presuntas violaciones de los derechos humanos de estadounidenses nativos (indígenas estadounidenses de la Nación Western Shoshone), consagrados en la DADDH.

El 02/04/93, Steven M. Tullberg y Robert T. Coulter, del *Indian Law Resource Center*, presentaron una denuncia ante la Comisión en nombre de las hermanas Mary y Carrie Dann, indígenas estadounidenses, contra los Estados Unidos de América.

Entre otras cosas, los peticionarios manifestaron:

- ⊙ Que las hermanas Dann -ciudadanas de los Estados Unidos y miembros y portavoces del Grupo Dann de la Nación Western Shoshone-, vivían en una hacienda en tierras del Grupo Dann, en la pequeña comunidad rural de Crescent Valley, Nevada;

¹⁰⁰ OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13/04/2000, Original: Español.

- ⊙ que las tierras del Grupo Dann habían sido reconocidas desde hacía largo tiempo por la Nación Western Shoshone como propiedad de dicha nación, ocupadas y utilizadas por el Grupo Dann, y que no formaban parte de ninguna de las pequeñas reservas y "colonias" de la Nación Western Shoshone que el Gobierno Federal reconocía como propias de esa nación en Nevada;
- ⊙ que Estados Unidos reconocía, conforme a su legislación, que los Western Shoshone son indígenas estadounidenses, y que el gobierno de ese país mantenía una relación oficial con algunas tribus de la misma Nación registradas en el nivel federal;
- ⊙ que ni el Grupo Dann ni Mary y Carrie Dann eran miembros de ninguna de esas entidades tribales;
- ⊙ que Estados Unidos mantenía con los Western Shoshone una relación basada en el Tratado de Ruby Valley de 1863: "Tratado entre los Estados Unidos de América y Grupos Occidentales de los Indios Shoshone, ratificado por los Estados Unidos en 1866 y promulgado el 21 de octubre de 1869";
- ⊙ que conforme a la legislación estadounidense, el Tratado de Ruby Valley estaba plenamente en vigor, y que la Constitución de los Estados Unidos establece que todos los tratados, incluidos los celebrados con indígenas estadounidenses, forman parte de la legislación suprema de los Estados Unidos;
- ⊙ que las hermanas Dann habían invocado los títulos aborígenes de la Nación Shoshone, y derechos basados en el Tratado, y que ellas y sus ancestros habían utilizado y ocupado las tierras de que se trataba desde época inmemorial;
- ⊙ que la utilización, por parte de las hermanas Dann, de las tierras de origen de la Nación Western Shoshone, estuvo exenta de perturbación y de impugnaciones hasta principios de la década de los setenta, en que el Gobierno de los Estados Unidos, a través del Departamento del Interior, intimó a las hermanas Dann a retirar el ganado "intruso" que estaba en las tierras de éstas;
- ⊙ que la hacienda de la familia era el único medio de vida para las hermanas Dann, quienes habían venido criando ganado en tierras de la Nación Western Shoshone y produciendo sus propios alimentos desde la década de los cuarenta, y que satisfacían todas sus necesidades vendiendo ganado, bienes y productos del agro a indígenas vecinos de la Nación Western Shoshone y a personas de otros orígenes étnicos;
- ⊙ que Estados Unidos había violado los derechos de las hermanas Dann al confiscar las tierras de la Nación Western Shoshone "a través de la utilización de un procedimiento groseramente injusto que ¿extinguió? el título indígena a la tierra a cambio del pago de unos pocos centavos por acre";
- ⊙ que las hermanas Dann y muchas otras personas impugnaron la reivindicación de sus tierras realizada por los Estados Unidos, pero que nunca lograron impedir esa apropiación y que, como consecuencia del procedimiento referido, el Gobierno de los Estados Unidos había venido invadiendo ilegalmente sus tierras, amenazado con confiscar su ganado e inmueble sin respetar el debido proceso y sin justa indemnización; y

- ⊙ que el Estado, a través de sus leyes y procedimientos confiscatorios y racialmente discriminatorios, había privado a las hermanas Dann de sus derechos humanos básicos y fundamentales, previstos en la Declaración Americana, a saber el art. II, derecho de igualdad ante la ley, el art. XVII, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y los derechos civiles, el art. XVIII, derecho a un juicio justo; además, sostuvieron que se produjeron violaciones de ciertos artículos de la CADH: 1, 8, 21, 24 y 25; de la Carta de las Naciones Unidas y de la DUDH, así como de otros instrumentos internacionales.

Por su parte, el Estado, en la contestación a la petición de fecha 09/09/93 y en sus subsiguientes respuestas, sostuvo que el caso era inadmisibile (cfr. art. 37 del Reglamento de la Comisión) y negó haber violado los derechos humanos de las hermanas Dann o de los miembros de la Nación Western Shoshone previstos en los arts. II, XVII y XVIII de la Declaración Americana por haberse apropiado o haber expropiado tierras del Grupo Dann. Afirmó -entre otras cuestiones- que las reclamaciones de las Dann no se referían en modo alguno a una violación de derechos humanos, sino que guardaban relación con prolongados litigios sobre títulos inmobiliarios y cuestiones de utilización de tierras que habían sido cuidadosamente considerados por los tres poderes del Gobierno de los Estados Unidos. Asimismo, alegó que había concedido al padre de las Dann permiso para apacentar su ganado en tierras públicas hasta su fallecimiento, en la década de los sesenta, y que la hacienda de las hermanas Dann está ubicada en las tierras objeto de la patente mediante la cual el señor Dann adquirió el título a las mismas. Tras el fallecimiento de su padre, las Dann comenzaron a apacentar un mayor número de animales que el autorizado por el permiso otorgado oportunamente al padre de éstas.

La Comisión decidió que el caso era admisible, por haberse cumplido los requisitos establecidos en los arts. 37 y 38 del Reglamento entonces vigente. Para arribar a tal conclusión, determinó que las hermanas Dann habían invocado y agotado a lo largo de los años los recursos internos (en el ámbito administrativo y judicial) disponibles en los Estados Unidos; que el 05/10/92, día en que recayó la decisión de la Suprema Corte en el caso *Western Shoshone National Council c. Molini* (en virtud de la cual se denegó la revisión del caso), debía tenerse como fecha del agotamiento definitivo de los recursos internos. A partir de allí, la situación denunciada era "continua" y "vigente", por lo cual la petición de aquéllas no resultaba inadmisibile por imperio de la norma de los seis meses dispuesta en el art. 38.1 del Reglamento vigente en tal época.

En síntesis, determinó que la petición planteaba una violación *prima facie* de derechos humanos, a saber, los previstos en los arts. II, XVII y XVIII de la DADDH, lo que no implicaba prejuzgar sobre el fundamento de la petición ni acerca de las violaciones de derechos humanos aducidos por los peticionarios. Paralelamente, dispuso: ponerse a disposición de las partes a los efectos de llegar a un acuerdo amistoso; mantener en vigencia las medidas cautelares dispuestas; transmitir el informe al Estado y a los peticionarios, haciéndolo público e incluyéndolo en su Informe Anual a la Asamblea General.

f) "Informe Nº 90/99, Caso 11.713: 'Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet -Riachito-', Paraguay, 29/09/99"¹⁰¹

En este caso, relacionado con la reivindicación de tierras de las comunidades indígenas Lamenxay y Riachito (Kayleyphapopyet), ambas del Pueblo Enxet-Sanapana, y presentado a la Comisión por la organización indígena "Tierra Viva", con el asesoramiento del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), se firmó el 25/03/98 un acuerdo de solución amistosa, propiciado por la Comisión, conforme al cual el Estado paraguayo se comprometió a adquirir una superficie de 21.884.44 hectáreas ubicada en el Distrito de Pozo Colorado, Departamento de Presidente Hayes, del Chaco paraguayo, entregarla a las mencionadas comunidades indígenas y titularla a su nombre ante los órganos competentes.

Básicamente, en el presente informe la Comisión reseña los hechos alegados por los peticionarios y la solución amistosa lograda y acuerda realizar un seguimiento de algunas obligaciones pendientes por parte del Estado.

Concretamente, cabe mencionar que los peticionarios alegaron:

- ⊙ Que los Enxet eran un pueblo indígena que habitaba la región del Chaco paraguayo, con una población total de aproximadamente 16.000 personas;
- ⊙ que en la Zona Anglicana del Chaco paraguayo habitaban aproximadamente 6.000 indígenas Enxet; que antes de la invasión de su territorio, éstos vivían principalmente de la caza, la pesca y la recolección, aunque también tenían pequeños cultivos y criaban algunos animales domésticos;
- ⊙ que a partir de 1885 el Gobierno paraguayo comenzó a vender todas las tierras del Chaco a extranjeros;
- ⊙ que para 1950 todo el territorio Enxet había sido ocupado por los nuevos propietarios;
- ⊙ que los Enxet habían venido reivindicando sus territorios tradicionales desde hacía muchos años, realizando también varias solicitudes de tierras al Instituto de Bienestar Rural (IBR) del Paraguay e iniciado acciones judiciales tendientes a decretar medidas de no innovar en las tierras que estaban reivindicando conforme a sus derechos constitucionales y legales;
- ⊙ que en 1991 los representantes indígenas de las comunidades Enxet Santa Juanita, Riachito, Laguna Pato y Los Lapachos, ubicadas en la jurisdicción de Pozo Colorado, Departamento de Presidente Hayes, del Chaco paraguayo, iniciaron ante el Instituto de Bienestar Rural (IBR) los trámites administrativos para la recuperación de sus territorios tradicionales, ubicados en el Chaco, solicitud que tuvo mayor énfasis a partir de 1992, cuando la Constitución paraguaya reconoció el derecho a la propiedad de la tierra de los pueblos y comunidades indígenas;
- ⊙ que el 09/12/93, y como forma de garantizar el procedimiento administrativo para la recuperación de sus tierras ancestrales iniciado ante el Instituto de Bienestar

¹⁰¹ OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13/04/2000, Original: Español.

Rural (IBR), los representantes judiciales de las mencionadas comunidades indígenas solicitaron a un juzgado medida preventiva de no innovar sobre las tierras reclamadas, la cual fue acordada en febrero de 1994;

- ⊙ que los ocupantes de las fincas no acataron la medida judicial decretada, por lo cual se intentaron las acciones penales correspondientes, desacato que perjudicaba las posibilidades de acceso a la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas Enxet de Santa Juanita, Riachito, Laguna Pato y Los Lapachos, y que dos años después de decretada la medida cautelar, el expediente judicial todavía se encontraba en etapa sumaria;
- ⊙ que aun cuando el juicio criminal por desacato llegara a su término y se establecieran responsabilidades penales en el caso, era necesario que el Estado paraguayo concluyera el procedimiento administrativo iniciado en 1991 para la dotación definitiva de tierras a las identificadas comunidades indígenas, y garantizase la efectividad de tal procedimiento, a través de la vigencia de las medidas de no innovar decretadas por el Juzgado Civil en 1994, como única forma de garantizar el derecho a la propiedad de las tierras de los Enxet; y
- ⊙ que los hechos referidos implicaban una violación por parte del Estado paraguayo de los derechos a: garantías judiciales, protección judicial, propiedad, la residencia, y los beneficios de la cultura, contemplados en los arts. 8, 25, 21 y 22 de la CADH y XIII de la DADDH, respectivamente, todo ello en transgresión del deber genérico contemplado en el art. 1.1 de la CADH en el sentido de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en tal instrumento internacional.

Sintéticamente, en la solución amistosa lograda se acordó que Paraguay compraría las tierras referidas en la denuncia y las entregaría a las comunidades indígenas de Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet-Riachito, a fin de que esas comunidades pudieran ocupar, usar y gozar dichas tierras mientras se procedía a finalizar los trámites de escrituración. El Estado paraguayo se comprometió, además, a proveer la asistencia necesaria para el desplazamiento de las distintas familias de esas comunidades y a sus pertenencias desde su residencia actual hasta su nuevo lugar de asentamiento como así también las requeridas en éste.

El mencionado acuerdo de solución amistosa se fundó en el respeto por los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, mediante el cual Paraguay reconoció en tal contexto la existencia del derecho de las referidas comunidades indígenas a la tierra, tanto en el marco nacional como en el internacional, y ambas partes convinieron una serie de aspectos sobre el particular.

Cabe destacar que el 30/07/99, durante una visita *in loco*, la Comisión recibió por parte del Presidente paraguayo la información de que el 27 de julio de ese mismo año Paraguay tituló las tierras en cuestión a nombre de las señaladas comunidades, cumpliendo así con la totalidad de los compromisos inmediatos que había asumido. La Comisión sostuvo que seguiría acompañando el cumplimiento de los compromisos de carácter continuado asumidos por Paraguay, relativos a la asistencia sanitaria, médica y educacional en el nuevo asentamiento de las comunidades.

g) “Informe N° 26/00, Caso 11.821: ‘Aldea de Moiwana’”, Suriname, 07/03/2000¹⁰²

La denuncia fue presentada el 11/07/97 por "Moiwana '86 Organización de Derechos Humanos de Suriname" y hacía referencia a la ejecución extrajudicial de más de cuarenta habitantes de la aldea de Moiwana -una de las comunidades del pueblo Cimarrón (Maroons) de Suriname-, y a la destrucción intencional de sus bienes por miembros del Ejército de ese país, así como a la falta de garantías judiciales, debido proceso y reparaciones por esos actos.

Recibida el 11/07/97 la denuncia por la Comisión, la transmitió al Gobierno el 30 de octubre de ese año, solicitando respuesta dentro de 90 días. Frente a la falta de respuesta, la Comisión reiteró en dos oportunidades ese pedido, sin resultado positivo, por lo cual, y tras analizar la petición y el cumplimiento de los requisitos previstos para la aplicación de la DADDH y de la CADH, decidió declarar admisible el caso en lo concerniente a presuntas violaciones a los arts. I, derecho a la vida y seguridad personal; VII, derecho de protección a la maternidad y a la infancia; IX, derecho a la inviolabilidad del domicilio; y XXIII, derecho a la propiedad, todos ellos de la Declaración; y a los arts. 8.1, garantías judiciales, 25.2, derecho a la protección judicial y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención.

h) “Informe N° 36/00, Caso 11.101: ‘Masacre »Caloto«’”, Colombia, 13/04/2000¹⁰³

El 16/12/92 la Comisión recibió una petición presentada por la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" contra la República de Colombia, en la cual se alegaba la ejecución extrajudicial (y en un caso, el de Jairo Llamo Ascué, daños a la integridad física) de miembros de la comunidad indígena Páez, del norte del Cauca. Los peticionarios señalaron que tras la masacre fueron destruidos y quemados los ranchos que la comunidad indígena había construido en el predio, así como sus enseres y animales domésticos.

Alegaron que el 16/12/91 en la hacienda "El Nilo", Municipio de Caloto, agentes del Estado violaron los derechos a la vida, la integridad personal, las garantías judiciales y a la protección judicial (art. 25) de las víctimas, consagrados en los arts. 4, 5, 7, 8, 25 y 1.1 de la CADH y en los arts. I, XVIII y XXVI de la DADDH.

Durante el trámite del caso, el Estado reconoció su responsabilidad por los hechos alegados por los peticionarios. El 07/09/95, las partes iniciaron un proceso de solución amistosa con los buenos oficios de la Comisión; sin embargo, dicho proceso fracasó, decidiéndose continuar con la tramitación pertinente.

Además de los requisitos de admisibilidad de rigor, y como puntos relevantes a remarcar, cabe acotar que la Comisión se entregó a dilucidar los estándares interpretativos que debía emplear a la luz de los hechos y las características de las violaciones alegadas y reconocidas por el Estado en el caso.

¹⁰² OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13/04/2000, Original: Español.

¹⁰³ OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13/04/2000, Original: Español.

Así, y partiendo del art. 29.b de la CADH, dejó en claro que ninguna disposición del tratado puede ser interpretada de manera de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho reconocido en otra Convención de la cual sea parte el Estado en cuestión, recordando que Colombia es parte del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales¹⁰⁴. En tal sentido, aludió a las obligaciones establecidas en tal Convenio por los arts. 2 (desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas o tribales y garantizar el respeto de su integridad¹⁰⁵) y 4 (los Estados Parte deben adoptar las medidas especiales que sean necesarias para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de estos pueblos y que tales medidas especiales no deben ser contrarias a sus deseos, expresados libremente).

Por otra parte, recalcó que en el ámbito americano también se han consagrado normas que deben ser tenidas en cuenta por la Comisión al analizar los derechos y el alcance de las obligaciones del Estado conforme a la Convención. La norma de interpretación instituida en el art. 29.d de la CADH dispone que los derechos protegidos no deben ser interpretados de manera de excluir o limitar el efecto que puedan producir actos internacionales de naturaleza similar a la Declaración Americana, sentido en el que –a su juicio– cabría señalar que la Carta Americana de Garantías Sociales de 1948 se refiere al deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para amparar la vida, libertad y propiedad de la población aborigen¹⁰⁶. Asimismo, evocó que ella misma (la Comisión), en su Resolución sobre la "Protección Especial de los Pueblos Indígenas", ha recomendando a los Estados Miembros adoptar medidas para asegurar que sus agentes actúen con suma diligencia en esta tarea¹⁰⁷.

Por lo tanto, en el caso, estimó necesario interpretar las obligaciones establecidas en la CADH a la luz de las obligaciones especiales de protección de la vida, la integridad física, la propiedad, la cultura, el medio ambiente y el trabajo de los pueblos indígenas o tribales previstas en el Convenio N° 169 de la OIT, la Carta Americana de Garantías Sociales y la Resolución sobre la "Protección Especial de los Pueblos Indígenas".

Entre otras cuestiones, entendió que la masacre de veinte miembros de una comunidad indígena con el fin de desalojarlos del predio que habitaban en la Hacienda "El Nilo", Municipio de Caloto, no podía ser considerada como parte de las funciones legítimas de los agentes de las fuerzas de seguridad. Consecuentemente, el hecho de que los acusados hubieran sido juzgados en jurisdicción penal militar constituía

¹⁰⁴ Colombia ratificó el Convenio el 07/08/91, el que entró en vigor el 06/09/91.

¹⁰⁵ Esta acción debe incluir medidas: a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

¹⁰⁶ *Carta Americana de Garantías Sociales*, aprobada en la Conferencia de Bogotá de 1948, art. 38.

¹⁰⁷ C.I.D.H., *Resolución sobre la protección especial de los pueblos indígenas*, OEA/Ser.L/V/II.29, doc. 38, rev. (1972). Ver, también, el "Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", aprobado por la Comisión durante su 95° período de sesiones, *Informe Anual de la C.I.D.H. 1996*, p. 663. Sobre el tema, es conveniente compulsar la interesante obra coordinada por Ordóñez Cifuentes, José Emilio R., 2001. *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F.

una seria violación del derecho a la protección judicial y las garantías de imparcialidad del juzgador consagrados en los arts. 8.1 y 25 de la CADH.

Además, dejó debidamente asentado que la falta de un recurso adecuado y eficaz frente a la violación de los derechos reconocidos en la Convención constituía en sí misma una violación de ésta, dado que los recursos y mecanismos judiciales no sólo deben estar previstos formalmente en la legislación sino que deben ser eficaces y rápidos en establecer si ha existido una violación de derechos humanos y en reparar sus consecuencias.

Sobre la base de tales consideraciones de hecho y de derecho (y de otras que, en homenaje a la brevedad, omitimos recrear), la Comisión concluyó que agentes del Estado junto a un grupo de civiles violaron el derecho a la vida de las víctimas y el derecho a la integridad física de Jairo Llamó Ascué, así como el derecho a las garantías y a la protección judicial de todos ellos, según los arts. 5.1 y 2, 8 y 25 de la CADH.

Determinó, igualmente, que el Estado había faltado parcialmente a su obligación de garantizar tales derechos e incumplido su deber de tomar las medidas necesarias para prevenir su violación conforme al art. 1.1 de la Convención.

En definitiva, reiteró las siguientes recomendaciones al Estado colombiano:

- ⊙ Llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la masacre;
- ⊙ adoptar las medidas necesarias para reparar a Jairo Llamó Ascué, así como a los familiares de las víctimas que aún no hubieran sido compensados;
- ⊙ adoptar las medidas necesarias para cumplir con los compromisos relativos a la reparación social en favor de la comunidad indígena Páez, del norte del Cauca;
- ⊙ adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produjeran hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocido en la Convención Americana.
- ⊙ adoptar las medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana y por la Comisión en la investigación y juzgamiento de casos similares por la justicia penal ordinaria.

Por último, decidió hacer pública la decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, aclarando que, en cumplimiento de su mandato, continuaría evaluando las medidas tomadas por el Estado colombiano con relación a las recomendaciones mencionadas, hasta que ellas hubieran sido cumplidas.

j) “Informe N° 11/03, Petición 0326, ‘Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet’”, Paraguay, 20/02/2003¹⁰⁸

Sintéticamente presentada la cuestión, puede apreciarse que la petición fue formalizada por la organización no gubernamental ‘Tierraviva para los Pueblos Indígenas de Chaco’, en representación de la Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet y sus miembros, en contra de Paraguay, alegando que éste había violado los arts. 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8.1 (garantías judiciales), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la CADH.

Sustentaron su petición en que habían transcurrido más de 12 años desde que se iniciaron los trámites necesarios para la recuperación de parte del territorio ancestral de la Comunidad Indígena Xakmok Kásek sin que hasta el momento de la presentación se hubiese resuelto favorablemente dicho trámite, a pesar de que la Constitución paraguaya reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus formas de vida en su propio hábitat¹⁰⁹.

El Estado, en su primer escrito de respuesta, solicitó a la Comisión su mediación a fin de llegar a una solución amistosa entre las partes, abriéndose un segmento de negociaciones que no fructificaron.

Entre otras cuestiones, resulta de interés relevar el análisis no formalista que la Comisión realizó en torno del requisito del agotamiento de los recursos internos. En efecto, frente al planteo articulado por el Estado consistente en afirmar que había quedado incumplida tal obligación al no haberse acudido al mecanismo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT en concordancia con la ley paraguaya sobre Estatuto de las Comunidades Indígenas, respecto a que faltaba solicitar a la comunidad indígena su consentimiento para la posibilidad de ser trasladada a otras tierras que las reivindicadas¹¹⁰, la Comisión entendió que aquél no se trataba de un recurso de jurisdicción interna y que, por tanto, no debía ser agotado por los peticionarios.

En síntesis, la Comisión declaró admisible la denuncia de los peticionarios sobre la presunta violación de los arts. 2, 8.1, 21, 25 y 1.1 de la CADH en perjuicio de la Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet y sus miembros y decidió continuar con el análisis de fondo del caso.

No deja de ser interesante la cuestión planteada, pues a su influjo e *inter alia*, existirá la posibilidad de que se aborden temas trascendentes relativos a las tierras indígenas, las que –de conformidad con lo estipulado por el art. 13.2 del Convenio N° 169 de la OIT– incluyen el término “territorios”, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan. Ello, dentro del marco jurídico y axiológico subyacente que viene brindado por el propio Convenio al imponer la obligación de los gobiernos de ***respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación*** (cfr. art. 13.1).

¹⁰⁸ Fuente: <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/paraguay.326.htm>

¹⁰⁹ *Vid.* art. 63.

¹¹⁰ Aparentemente se alude al art. 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT, tramo normativo que estipula que, cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En primer lugar, aludiremos en forma sintética a algunas hipótesis recientes de medidas provisionales adoptadas por el Tribunal, para luego referirnos a un tándem de casos resueltos por éste en los que, directa o indirectamente, estaban en juego cuestiones vinculadas a los derechos de los pueblos indígenas.

a) *Medidas provisionales*

Mediante una sucinta presentación sólo mencionaremos dos precedentes recientes en los que la Corte¹¹¹ adoptó medidas provisionales en favor de sendos pueblos indígenas¹¹², solicitadas por la Comisión Interamericana.

a.1) “Caso Pueblo Indígena Kankuamo”, de 05/07/2004

La Comisión Interamericana solicitó la adopción de medidas provisionales respecto de Colombia, en orden a que: se proteja la vida y la integridad personal de los miembros de tal pueblo indígena; se respete su identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral; se investigue los hechos que motivaban la petición, con el fin de identificar y juzgar a los responsables, imponiéndoles las sanciones correspondientes; se asegure que los beneficiarios pudieran continuar habitando su territorio ancestral sin ningún tipo de coacción o amenaza y se brinde ayuda humanitaria toda vez que resulte necesaria; y se garantice las condiciones de seguridad para el retorno, a tal territorio, de los miembros de dicho pueblo indígena que se habían visto forzados a desplazarse.

La Corte expresó que, según lo indicado por la Comisión, el citado pueblo indígena –integrado por aproximadamente 6.000 personas– está constituido por comunidades organizadas, ubicadas en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros podían ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dichas comunidades, todos se encontraban en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión contra su integridad personal y su vida, así como de verse desplazados forzadamente de su territorio. Por tal razón, el Tribunal consideró conveniente dictar las medidas peticionadas para la protección de todos los miembros de las comunidades del señalado pueblo indígena.

Estimó además que –según la situación descripta por la Comisión– se había afectado la libre circulación de los miembros del pueblo indígena y obligado a éstos a desplazarse a otras regiones, por lo que era necesario que el Estado asegurara a las personas beneficiadas con las medidas provisionales que pudieran seguir viviendo en su residencia habitual y que brindara las condiciones necesarias para que los desplazados regresaran a sus hogares.

Es importante destacar cómo la Corte argumentó que, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención, el Estado Parte tiene la obligación *erga omnes* de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, lo que supone la obligación general que se le impone no sólo con relación al poder del Estado sino también respecto de actuaciones de terceros particulares, incluso grupos armados irregulares de cualquier naturaleza.

¹¹¹ En ambos casos se registraron, respectivamente, sendos votos individuales razonados concurrentes del juez Sergio García Ramírez y también concurrentes del juez Antônio A. Cançado Trindade.

¹¹² Puede asimismo computarse al respecto el “Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó”, Medidas Provisionales, resolución de 06/03/2003.

a.2) “Caso Pueblo Indígena Sarayaku”, de 06/07/2004

En su escrito, la Comisión solicitó la adopción de medidas provisionales a favor de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y sus defensores, respecto de Ecuador, con el propósito de que se proteja su vida, integridad personal, derecho de circulación y su especial relación con el territorio ancestral. Acerca de este último aspecto, señaló la necesidad de proteger la especial relación del pueblo kichwa con dicho territorio y el uso y disfrute de la propiedad colectiva y de los recursos naturales existentes en ella.

La Corte expuso que, según lo indicado por la Comisión, el mencionado pueblo indígena -compuesto por alrededor de 1.200 personas- constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros podían ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos se encontraban en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión contra su integridad personal y su vida.

Sobre tal base, y dadas las especiales características del caso, el Tribunal entendió necesaria la protección de todos los miembros del nombrado pueblo indígena, subrayando -entre otras cuestiones y del mismo modo en que lo hizo en el “Caso Pueblo Indígena Kankuamo”- la obligación *erga omnes* que se emplaza en cabeza del Estado Parte en la Convención para garantizar efectivamente los derechos consagrados por ésta.

b) Reparaciones y sentencias sobre el fondo de la cuestión

b.1) “Aloeboetoe y otros” contra la República de Suriname

Aquí nos referiremos a la sentencia sobre “Reparaciones” dictada en fecha 10/09/93¹¹³.

Sucintamente, cabe recordar que los hechos materia de la denuncia sucedieron el 31/12/87 en Atjoni y Tjongalangapassi. En Atjoni, más de 20 cimarrones (maroons/bushnegroes) varones inermes fueron atacados, vejados y golpeados con las culatas de sus armas por un grupo de militares y algunos de ellos heridos con bayonetas y cuchillos y detenidos bajo la sospecha de ser miembros del grupo subversivo Comando de la Selva. Siete de las víctimas fueron arrastradas con los ojos vendados al interior de un vehículo militar, en el que fueron conducidas por Tjongalangapassi rumbo a Paramaribo, mas a la altura del kilómetro 30 el vehículo se detuvo, se ordenó a los cimarrones salir de él y comenzar a cavar (sus propias fosas). Seis de ellos fueron asesinados y el restante fue herido al tratar de escapar, falleciendo el 06/01/88.

En primer lugar, la Corte aclaró que la disposición aplicable a las reparaciones es el art. 63.1 de la CADH, que constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes. Por tanto, la obligación contenida en aquel precepto es de derecho internacional, razón por la cual la sentencia que dictaba impondría obligaciones de derecho internacional que no

¹¹³ Corresponde evocar que, como Suriname reconoció la responsabilidad por los hechos articulados por la Comisión Interamericana en su memoria, la Corte -en la sentencia de 04/12/91- expresó que había cesado la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen a dicho caso. Sin embargo, subsistían discrepancias en torno de las reparaciones y el alcance de las mismas.

podían ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando, para ello, disposiciones de su derecho interno.

Para fijar las reparaciones pertinentes, estimó que correspondía determinar la viabilidad indemnizatoria de las pretensiones que la Comisión requería acerca de diversas categorías de potenciales beneficiarios de las mismas. Éstas eran –sintéticamente– las de sucesores y reclamantes o dependientes.

Respecto de los sucesores, la Corte puntualizó que existía disparidad de criterios entre las partes. Por un lado, la Comisión reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca; por el otro, Suriname solicitaba la aplicación de su derecho civil.

El Tribunal concluyó –entre otras razones– que, como el Estado había reconocido la existencia de un derecho consuetudinario saramaca y en tanto las leyes estatales relativas al derecho de familia no se aplicaban a dicha tribu, correspondía tener en cuenta para determinar los sucesores de las víctimas, a la **costumbre saramaca en la medida en que no fuera contraria a la CADH**.

Asimismo, rechazó la reclamación de indemnización por daño material para los dependientes y, en cuanto al daño moral de éstos, consideró procedente que los padres de las víctimas que no fueron declarados sucesores, participaran en la distribución del daño moral.

Por último, desestimó la petición de condena a Suriname consistente en el pago a la tribu Saramaca de una indemnización por daño moral, aunque condenó al Estado a reabrir la escuela sita en Gujaba, disponiendo que aquél debía dotarla de personal docente y administrativo para que funcionase permanentemente a partir de 1994, y a poner en operación en el curso del mismo año el dispensario existente en el lugar.

b.2) “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua

Asimismo, y en el marco de esta apretada síntesis, puede computarse el caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua, dirimido en la sentencia emitida el 31/08/2001¹¹⁴.

El cuadro de situación, presentado de modo sintético y preliminar, marca que el 13/03/96 el Estado otorgó una concesión por 30 años a la empresa ‘SOLCARSA’ para el manejo y el aprovechamiento forestal en un área de aproximadamente 62.000 hectáreas ubicadas en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN), entre los municipios de Puerto Cabezas y Waspam, para realizar allí (en tierras que, por años, han pertenecido a la Comunidad Awas Tingni), trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de dicha Comunidad.

SOLCARSA fue sancionada mediante Resolución Ministerial N° 02-97, adoptada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARENA) el 16/05/97, por haber realizado cortes ilegales de árboles “en el sitio de la comunidad de Kukalaya” y por haber ejecutado obras sin el permiso ambiental.

¹¹⁴ Es del caso reseñar, también, la convergencia de una sentencia anterior de la Corte, pronunciada en la misma causa el 01/02/2000, mas referida específicamente a la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos planteada por Nicaragua. La excepción fue rechazada unánimemente por el Tribunal, mediando un voto concurrente por parte del juez Alejandro Montiel Argüello.

Por su parte, el 27/02/97, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la concesión otorgada a SOLCARSA, por no haber sido aprobada por el pleno del Consejo Regional de la RAAN. Posteriormente, el Ministro del MARENA solicitó al Consejo Regional de la RAAN que aprobara la referida concesión; además, el 09/10/97 el Consejo Regional de la RAAN resolvió: a) Ratificar la Disposición Administrativa N° 2-95 de 28/06/95, firmada por la Junta Directiva del Consejo Regional Autónomo y el Coordinador Regional de la [RAAN], mediante la cual se aprobó la concesión forestal a favor de la empresa SOLCARSA; b) suspender el Convenio existente entre el Gobierno Regional y SOLCARSA, suscrito el 28/04/95; y c) ratificar el Contrato de Manejo y Aprovechamiento Forestal, firmado entre el Ministro del MARENA y SOLCARSA, el 13/03/96.

La secuenciación fáctica que llevó a formalizar la denuncia ante la Comisión Interamericana puso en evidencia la ineffectividad de la institución del amparo en Nicaragua, para prevenir que el Estado permitiera que la empresa SOLCARSA explotara las tierras que por años han pertenecido a la Comunidad Awas Tingni; situación constatada luego por la Corte Interamericana.

Básicamente, entonces, el sustento del reclamo ante la Corte radicaba en que: el Estado no demarcó las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni de otras comunidades indígenas; tampoco tomó medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de aquella Comunidad en sus tierras; ni garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de dicha Comunidad sobre sus derechos a tierras y recursos naturales.

La Corte Interamericana admitió la demanda y condenó al Estado nicaragüense. Más allá de la solución puntual (que veremos resumida *infra* al referirnos a los puntos resolutivos concretos), sentó algunas premisas básicas, que reseñamos rápidamente, y que –consideramos– ostentan **fuerza expansiva**, es decir, con un alcance que excede los contornos del caso en cuestión:

- ⊙ El Estado demandado omitió adoptar las medidas adecuadas de derecho interno que permitieran la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y no se ciñó a un plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad (párrafo 137);
- ⊙ valiéndose de una **interpretación evolutiva** de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, dejó en claro que **el art. 21 de la CADH protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua** (párrafo 148), v.gr., el art. 5, que cabe interpretar conjuntamente con la Ley N° 28 (publicada el 30/10/87 en la Gaceta N° 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua) que regula el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua (párrafo 150);
- ⊙ respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas, aclaró que entre los indígenas –valga la redundancia– existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad; añadiendo que los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios y que la estrecha relación que aquéllos mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base

fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Enfatizó, asimismo, que *la relación con la tierra para las comunidades indígenas no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras* (párrafo 149).

- ⊙ Aludió, paralelamente, a que *el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata, puesto que, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecieran de un título real sobre la propiedad de la tierra obtuvieran el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro* (párrafo 151). De hecho, y como veremos, uno de los pliegos condenatorios contra el Estado (pto. 3) consistió en que éste debía adoptar en su derecho interno, y de conformidad con el art. 2 de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, *acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas* (cfr. también, párrafos 138 y 164).

Moviéndonos hacia la solución puntual, el Tribunal declaró¹¹⁵:

- ⊙ Que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25 de la CADH, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los arts 1.1 y 2 *ibíd.* (punto resolutivo 1)¹¹⁶;
- ⊙ que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el art. 21 de la CADH, en perjuicio de los miembros de la mencionada Comunidad, en conexión con los arts. 1.1 y 2 *ibíd.* (punto resolutivo 2)¹¹⁷;
- ⊙ que el Estado debía adoptar en su derecho interno, de conformidad con el art. 2 de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas (punto resolutivo 3)¹¹⁸;
- ⊙ que el Estado debía delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la susodicha Comunidad y abstenerse de realizar, mientras no se efectuaran tales delimitación, demarcación y titulación, actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de aquella Comunidad (punto resolutivo 4)¹¹⁹;

¹¹⁵ Corresponde aclarar preliminarmente que los jueces Antônio A. Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli redactaron un voto razonado conjunto; los jueces Hernán Salgado Pesantes y Sergio García Ramírez confeccionaron sus votos razonados; y el juez Alejandro Montiel Argüello formuló un voto disidente.

¹¹⁶ Tal punto resolutivo recibió siete votos contra uno, mereciendo la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

¹¹⁷ Al igual que el anterior, obtuvo siete votos contra uno, recibiendo la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

¹¹⁸ Punto resolutivo adoptado por unanimidad.

¹¹⁹ Fijado por unanimidad.

- ⊙ que la sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación para los miembros de la Comunidad (punto resolutivo 5)¹²⁰;
- ⊙ por equidad, que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (punto resolutivo 6)¹²¹;
- ⊙ por equidad, que el Estado debía pagar a los miembros de la Comunidad, por conducto de la mencionada Comisión, la suma total de US\$ 30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha Comunidad y sus representantes, ambos causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano (punto resolutivo 7)¹²²; y
- ⊙ que el Estado debía rendir a la Corte, cada seis meses a partir de la notificación de la sentencia, un informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a ésta (punto resolutivo 8) y que aquel Tribunal supervisaría el cumplimiento de tal pronunciamiento y daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera dado cabal aplicación a lo dispuesto en el mismo (punto resolutivo 9)¹²³.

Como comentario final, puede visualizarse que en este caso la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno del derecho indígena, por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el Tribunal en ciertas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya analizada en otros casos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el art. 21 de la CADH*¹²⁴.

Sirviéndose del concepto de *interpretación evolutiva* de los instrumentos internacionales y tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables en los términos del art. 29.'b' de la Convención, la Corte estimó que el art. 21 de ésta "protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua"¹²⁵.

Aun cuando reiterativo, es de resaltar que adquiere suma importancia que el Tribunal haya aludido a que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta, ya que, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecieran de un título real sobre la propiedad de aquélla obtuvieran el reconocimiento oficial

¹²⁰ Decidido por unanimidad.

¹²¹ Resuelto por siete votos contra uno, con la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

¹²² Determinado, al igual que el anterior, por siete votos contra uno, mereciendo la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

¹²³ Los puntos resolutivos 8 y 9 fueron determinados por unanimidad.

¹²⁴ Cftar. García Ramírez, Sergio, 2003. "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales". *Cuestiones constitucionales*. N° 9, julio-diciembre de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 153.

¹²⁵ Ídem.

de ella y el consiguiente registro (párr. 151). En ese sentido, una de las pautas de condena al Estado consistió precisamente en la obligación de éste de adoptar en su derecho interno, y de conformidad con el art. 2 de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, ***acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas*** (cfr. también, párrs. 138 y 164).

Esta respuesta de la Corte ha sido catalogada como una “resolución innovadora”, que propone derroteros previamente inexplorados por la jurisprudencia interamericana en lo que atañe al derecho de propiedad¹²⁶.

C. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU

Como mecanismos básicos de supervisión del cumplimiento del PIDESC que el órgano del epígrafe lleva adelante, pueden visualizarse, por un lado, la presentación de “informes periódicos” por los Estados (en los que se pone en conocimiento el cumplimiento de las obligaciones estatales bajo el PIDESC), informes que a su vez generan las “observaciones finales” del Comité a dichos informes estatales y los procedimientos relativos a las medidas de seguimiento de éstos; y, por el otro, las “observaciones generales” que expide, que se enmarcan en el ámbito del poder de recomendación general del Comité, constituyen un medio decisivo para la generación de “*jurisprudencia*”¹²⁷ y brindan a los miembros de tal órgano un método para llegar a un acuerdo consensuado acerca de la interpretación de las normas del PIDESC. Paralelamente, resultan relevantes como pautas a tomar en cuenta en las tareas hermenéuticas y aplicativas de las normas de aquél en el orden interno por parte de los órganos competentes, en razón de que provienen del Comité que, mediante tales observaciones generales, plasma una interpretación autorizada del clausulado del Pacto.

Seguidamente, ofreceremos una muy breve referencia a las “observaciones finales” del Comité acerca del segundo informe periódico de la Argentina, para luego recorrer las “observaciones generales” de su parte en las que quedan involucradas cuestiones enlazadas con la problemática indígena. Veamos:

a) Observaciones finales al segundo informe periódico de la Argentina (E/1990/6/Add. 16)

Precisamente al examinar el segundo informe periódico de la Argentina, y en sus sesiones 33^a, 34^a, 35^a y 36^a, celebradas entre el 17 y el 19 de noviembre de 1999, el Comité aprobó el 1 de diciembre de ese año las observaciones finales¹²⁸, entre las que se cuenta –como aspecto positivo– que “toma nota con satisfacción del art. 75 de la Constitución de 1994 que dispone la restitución a los pueblos indígenas de algunas de sus tierras tradicionales. También celebra la restitución de grandes extensiones de esas tierras”.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 154.

¹²⁷ Si bien quizás no sea del todo preciso hablar de “jurisprudencia” en sentido estricto, tal vocablo es usado en el *Folleto Informativo sobre los Derechos Humanos*. N° 16 (Rev. 1), “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Centro de Derechos Humanos, Oficina de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza, 1996, p. 33.

¹²⁸ Cfr. *Investigaciones*. Año III, 1999, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina, pp. 758/760.

Ya como muestra de “preocupación”, señala que le inquietan las seis comunidades mapuches que, pese a que han conseguido que se reconozcan sus derechos a algunas de sus tierras tradicionales en la zona de Pulmari, aún no han recibido los títulos de propiedad. También le inquietaba la situación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, cuya ratificación el Congreso Nacional aprobara sin que se hubiera procedido a ella, por lo que “recomienda” su ratificación¹²⁹, la que se cumplió -como se anunciara- en julio de 2000.

b) Observaciones generales

En la O.G. N° 12, sobre “el derecho a una alimentación adecuada (art. 11 del PIDESC)”¹³⁰, el Comité afirma -entre otras cuestiones- que tal derecho está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, siendo también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos (ap. 4).

Considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende: la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (ap. 8).

Por fin, entiende que dicha accesibilidad comprende la accesibilidad económica y física (ap. 13): la primera implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar en un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas. Por su parte, la accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales, siendo necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. ***Específicamente califica como “especialmente vulnerables” a muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado.***

¹²⁹ La ratificación de dicho Convenio de la OIT se convirtió desde tiempo atrás en objeto sostenido de lucha por parte de los pueblos indios. Así, ejemplificativamente, puede leerse en la Declaración emitida con motivo del ‘Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios’ (desarrollado en Quito, Ecuador, del 17 al 21 de julio de 1990), particularmente en el ítem VII: ‘Legislación indígena’, que: “Debemos presionar por la ratificación en los Estados nacionales del Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado por la OIT, que contempla la denominación de pueblos en vez de poblaciones, el reconocimiento a nuestros derechos a las tierras y territorios, al derecho a educarnos mediante la modalidad bilingüe intercultural, respeto a nuestra cosmovisión, etcétera” (Ordoñez Cifuentes, José Emilio R., 1993. **Reclamos jurídicos de los pueblos indios**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 156).

¹³⁰ De fecha 12/05/99 (E/C.12/1999/5).

Por su parte, en la O.G. N° 13, sobre “el derecho a la educación (art. 13 del PIDESC)”¹³¹, específicamente al tratar la cuestión de la “no discriminación e igualdad de trato”, el Comité precisó que la prohibición de la discriminación, consagrada en el párr. 2° del art. 2 del PIDESC, “no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente” (ap. 31). Básicamente, utiliza el Convenio N° 169 de la OIT como parámetro orientativo para la interpretación del art. 2, párr. 2°, y del art. 3 de dicho Pacto, normas estas últimas que también interpreta a la luz de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre los Derechos del Niño (id. ap.).

Al abordar el párr. 2° del art. 13 del PIDESC, el Comité precisa que los Estados tienen las obligaciones de respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las “características fundamentales” (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad) del derecho a la educación; lo que grafica afirmando –en ejemplo tocante a los pueblos indígenas– que la obligación del Estado de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, se realiza adoptando *medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas*, y de buena calidad para todos (ap. 50).

Ya en la O.G. N° 14, sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”¹³², el Comité identifica como elementos esenciales e interrelacionados de dicho derecho, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevaecientes en un determinado Estado Parte, a los siguientes: *disponibilidad; accesibilidad, que comprende, a su vez, a la no discriminación, la accesibilidad física y económica y el acceso a la información; la aceptabilidad y la calidad*. Refiriéndose específicamente a la pauta de *accesibilidad* física, enfatiza que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como *las minorías étnicas y poblaciones indígenas*, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA” –énfasis agregado– (subap. 12.‘b’.ii).

A su tiempo, y al tratar ciertos “temas especiales de alcance general” referidos al art. 12 del PIDESC, se detiene particularmente en los pueblos indígenas e identifica los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de éstos, con el objeto de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el citada norma del Pacto. Sobre el punto, considera que “los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas” (ap. 27).

¹³¹ Emitida el 08/12/99 (E/C.12/1999/10).

¹³² De fecha 11/08/2000 (E/C.12/2000/4).

Observa, asimismo, que en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva, por lo que estima que ***“las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”*** –remarcado agregado– (id. ap.); conclusión que resulta de enorme importancia por todo cuanto en este trabajo se dijera acerca de la especial vinculación del indígena con la tierra.

3. Recapitulación de las líneas salientes que exhibe la praxis de los órganos protectores analizados

En presentación recapituladora muy sucinta de las líneas relevantes de la práctica de los órganos examinados, pueden individualizarse las que se reseñarán a continuación.

a) *De la Comisión Interamericana:*

En “Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito”, enfatizó ***la importancia de la preservación de los valores e identidad culturales de los grupos étnicos y, aunque se expidió por la inexistencia de un derecho de autonomía política o la libre determinación de éstos, advirtió claramente que tampoco existe un eventual derecho estatal de asimilación total de aquellos grupos indígenas.***

Por su parte, en el caso de los “Yanomami”, eleva axiológicamente a la calidad de ***“sagrado compromiso de los Estados” la labor de protección de las poblaciones indígenas por parte de éstos***, al tiempo de identificar como “acción prioritaria” de la OEA la ***preservación y el fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos.***

A su tiempo, en “Masacre «Caloto»”, es interesante apreciar cómo ***estimó necesario interpretar las obligaciones establecidas en la CADH a la luz de las obligaciones especiales de protección de la vida, la integridad física, la propiedad, la cultura, el medio ambiente y el trabajo de los pueblos indígenas o tribales previstas en el Convenio N° 169 de la OIT, la Carta Americana de Garantías Sociales y la Resolución sobre la “Protección Especial de los Pueblos Indígenas”.***

Ya en “Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet”, resulta trascendente el análisis despojado de vacuos ritualismos que la Comisión formula al considerar que, a los efectos de la evaluación del requisito del agotamiento de los recursos internos, el mecanismo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT en concordancia con la ley paraguaya sobre Estatuto de las Comunidades Indígenas consistente en solicitar a la comunidad indígena su consentimiento para la posibilidad de ser trasladada a otras tierras que las reivindicadas, no debía ser agotado por los peticionarios al no tratarse precisamente de un recurso de jurisdicción interna.

Mutatis mutandi, tal posición procedimentalmente flexible de la Comisión, se visualiza también en el caso “Mary y Carrie Dann”, al entender agotados los recursos internos por las peticionarias y juzgar que la situación que denunciaban era “continua” y “vigente”. Asimismo, y al igual que como lo hiciera en el tema de los “Yanomami” (pues, a la época de éste, Brasil aún no había ratificado la CADH), centró la cuestión de las hermanas Dann en la potencial violación por parte de EE.UU. de la normativa de la DADDH.

b) De la Corte Interamericana

A modo introductorio y genérico, puede afirmarse la apertura de una línea jurisprudencial que denota una cierta permeabilidad -perceptible también en cuestiones directa o tangencialmente vinculadas con derechos indígenas- en el empleo de derechos “puente” o “conectores” entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; la interpretación de los derechos civiles y políticos en “clave social”; el descubrimiento de ciertas facetas “sociales” de algunos derechos civiles y políticos; y la “reconducción social” del derecho individual a obtener ciertas reparaciones de índole patrimonial.

Es digno de resaltar, asimismo, el camino que ha comenzado a recorrer el Tribunal en materia de medidas provisionales y las premisas que ha refrendado (tanto en “Pueblo Indígena Kankuamo” como en “Pueblo Indígena Sarayaku” -como en precedentes anteriores-) en punto a la obligación *erga omnes* que, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención, se cierne sobre los Estados Partes en el sentido de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, lo que supone la obligación general que se le impone no sólo con relación al poder del propio Estado sino también respecto de actuaciones de terceros particulares. Asimismo, es trascendente la visión aperturista que la Corte exhibe al determinar que, en situaciones de extremas gravedad y urgencia y ante la posibilidad de que los bienes comprometidos sufran daño irreparable, se concedan tales medidas provisionales aunque no sea factible establecer inmediatamente la identidad exacta de los destinatarios¹³³.

Por su parte, y enlazando con el sesgo sobre el que advertíamos en la parte introductoria de este subapartado, en “Aloeboetoe y otros” no deja de ser relevante que, para determinar los sucesores de las víctimas, la Corte haya estimado de aplicación la *costumbre saramaca en la medida en que no fuera contraria a la CADH*.

En “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, puede observarse que ensayó diversas apreciaciones en torno del derecho indígena, v. gr., la atinente a la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así en ciertas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya examinada en otros casos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, visualizada a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el art. 21 de la CADH*.

Asimismo, en lo tocante a la materia de “reparaciones” en ambos casos, y como acertadamente se indicara, la Corte ha construido, “progresivamente”, una interpretación fecunda a partir del escueto art. 63.1 de la CADH, plasmando la “reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales”¹³⁴.

¹³³ Ver en tal sentido, por ejemplo, las consideraciones del juez Sergio García Ramírez en sus votos razonados y concurrentes emitidos en los casos “Pueblo Indígena Kankuamo” y “Pueblo Indígena Sarayaku”.

¹³⁴ García Ramírez, Sergio, *op. cit.* [“Protección jurisdiccional internacional de los...”, en *Cuestiones constitucionales*], p. 155.

Concretamente en “Aloeboetoe y otros”, y en el marco de la “reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial” a la que nos referimos, rechazó la petición de condena a Suriname consistente en el pago a la tribu Saramaca de una indemnización por daño moral, ***aunque condenó al Estado a reabrir la escuela sita en Gujaba, disponiendo que aquél debía dotarla de personal docente y administrativo para que funcionase permanentemente a partir de 1994, y a poner en operación en el curso del mismo año el dispensario existente en el lugar.***

En dirección afín, ya en “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, en el punto resolutivo 6 del pronunciamiento la Corte determinó –por equidad– que el Estado debía invertir, ***por concepto de reparación del daño inmaterial***, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) ***en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad***, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.

c) En el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Proyectando hacia un plano general las observaciones finales al segundo informe periódico de la Argentina, vemos que el Comité asigna singular importancia a la ratificación en sede internacional del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT y muestra preocupación por la falta de recepción de los títulos de propiedad de sus tierras tradicionales por parte de las comunidades indígenas.

Por lo que respecta al ámbito de las observaciones generales, en la N° 12 asevera que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, siendo también inseparable de la justicia social, y que tal derecho debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, siendo necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. ***Específicamente califica como “especialmente vulnerables” a muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado.***

En la O.G. N° 13, y entre otra normativa internacional que allí individualiza, utiliza el Convenio N° 169 de la OIT como parámetro orientativo para la interpretación del art. 2, párr. 2°, y del art. 3 del PIDESC y exhorta a respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las características fundamentales del derecho a la educación; ejemplificando el cumplimiento obligatorio del Estado de facilitar la aceptabilidad de la educación, al decir que tal carga se abastece adoptando ***medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas***, y de buena calidad para todos.

En la O.G. N° 14, y al tratar el ***derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud***, precisa que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como ***las minorías étnicas y poblaciones indígenas***; añadiendo que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud, servicios que deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, o sea, deben tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Además, los Estados

deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. Determinando una pauta axiológica relevante, subraya que en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva, por lo que considera que *“las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”* -destacado añadido-.

VI. OBSERVACIONES FINALES

Para finalizar este trabajo, ponemos a consideración del lector las siguientes apreciaciones:

1. El art. 75, inc. 17, de la Constitución argentina -texto según la reforma de 1994- constituye un avance en cuanto al establecimiento normológico de ciertas pautas fundamentales referidas a los derechos de los pueblos indígenas. Dicha magnitud normativa de la Constitución escrita debe ser complementada de modo que alcance eficacia axiológica en el ámbito fáctico.

Con algún grado de vinculación con lo anterior, se ha sostenido que no puede existir democracia real si se niega a los indígenas su participación en ella como entidades socio-históricas y políticas distintivas, siendo asimismo aconsejable que se establezcan con claridad mecanismos de articulación entre jurisdicciones y autoridades de pueblos indígenas y Estados nacionales¹³⁵. Además, la participación plena de los pueblos indígenas en los procesos de elaboración de las normas que los involucran debe ser el eje central de estos procesos¹³⁶.

2. La modificación constitucional implementada en relación con la problemática indígena hace que nuestro país entre en sintonía con protecciones normativas similares que, a salvo el diverso tenor léxico y preceptivo y las diferentes magnitudes cuantitativas de los respectivos pueblos indígenas, ofrece en torno del tema el repertorio del derecho constitucional iberoamericano comparado.

3. Sin perjuicio de la localización *geográfica* de la aludida norma vernácula (dentro del plexo de atribuciones del Congreso de la Nación), ella entraña un mandato no sólo para los legisladores, sino también (y además de involucrar necesariamente al Poder Ejecutivo) para los jueces, quienes pueden y deben suplir la desidia o renuencia de los restantes poderes estatales en la trascendente misión de hacer cumplir la preceptiva constitucional.

¹³⁵ Cfr. Carrasco, Morita; Ceriani, Pablo; Kweitel, Juana y Rossi, Julieta, 2001. “Estudio comparativo. Proyectos de Declaración Universal y Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”. *Revista Argentina de Derechos Humanos*. Año 1, N° 0, CELS - Universidad de Lanús, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ad-Hoc, p. 411.

¹³⁶ *Ídem*.

Hasta el momento, son escasos y, ciertamente, no muy alentadores, los pronunciamientos del máximo tribunal federal argentino sobre la cuestión indígena, sin perjuicio de lo cual, tal órgano jurisdiccional deberá –en prospectiva– ampliar su espectro de percepción y computar la existencia de un pronunciamiento claro y concreto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con nítida fuerza expansiva que exorbita el asunto puntual que trata. Nos referimos a “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua, en el que interpretó que el art. 21 de la CADH ***protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal***¹³⁷. Además, en lo tocante a la materia de “reparaciones”, el Tribunal interamericano viene construyendo “progresivamente” una interpretación fecunda a partir del art. 63.1 de la CADH, evidenciada también en “Aloeboetoe” y “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, en la que plasma una reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, lo que supone la proyección o transición de un derecho individual a la reparación a un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales¹³⁸.

No es ocioso recordar que los fallos del Tribunal con sede en Costa Rica deben ser seguidos de cerca por la jurisprudencia vernácula no sólo por el valor ***académico*** que rezuman, sino también, y fundamentalmente, porque la propia Corte argentina ha reconocido, no menos explícita y nítidamente, ***inter alia*** en la causa “Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación”¹³⁹, de 07/04/95, que la expresión ***en las condiciones de su vigencia*** bajo la que adquiere jerarquía constitucional la CADH (cfr. art. 75, inc. 22, 2° párrafo), significa el modo como ella rige en el ámbito internacional y ***considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*** (cfr. arts. 75 de la C.N., 62 y 64 de la CADH y 2 de la Ley N.º 23.054) –subrayado del autor–¹⁴⁰.

4. En estrecha conexión con lo anterior, no correspondería soslayar que la omisión de respetar los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, más allá de entrañar una violación a la norma de derecho interno –constitucional–, es susceptible de generar responsabilidad internacional, circunstancia que se potencia si se tiene en cuenta que en nuestra Constitución formal, como principio general, se ha establecido la prevalencia, sobre las leyes internas, de los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, y, paralelamente, se ha dotado de jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹⁴¹.

Asimismo, y en particular, tampoco podrá válidamente omitirse la relativamente reciente ratificación en sede internacional del Convenio N.º 169 de la OIT sobre

¹³⁷ Cfr. citado párrafo 148 de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo de la cuestión.

¹³⁸ Ver autor y ob. cits. en nota 134.

¹³⁹ ***Jurisprudencia Argentina***. T.º 1995-III, Buenos Aires, Argentina, pp. 570/573.

¹⁴⁰ Cfr. considerandos 11 y 5.

¹⁴¹ Sobre la problemática de la relación tratados internacionales ***vis-à-vis*** el derecho interno en el plano del derecho comparado, ver Bazán, Víctor, 2003. ***Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado***. México, D.F., Editorial Porrúa.

Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que ostenta valía supralegal; instrumento internacional cuyo calibre axiológico y jurídico lo hace merecedor de *jerarquización constitucional* por el Congreso de la Nación en los términos del art. 75, inc. 22, *in fine*, lo que dejamos planteado como propuesta de *lege ferenda*.

Al respecto, es significativo destacar *-mutatis mutandi-* que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tarea de determinación del grado de cumplimiento estatal de las obligaciones instituidas en la CADH, añade un plus de exigencia al analizar la cuestión a la luz de las obligaciones especiales de protección de la vida, la integridad física, la propiedad, la cultura, el medio ambiente y el trabajo de los pueblos indígenas o tribales previstas en el Convenio N° 169 de la OIT, la Carta Americana de Garantías Sociales y la Resolución sobre la “Protección Especial de los Pueblos Indígenas”¹⁴².

Naturalmente, no es posible desentenderse de la relevancia de los informes y las recomendaciones¹⁴³ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de cuya cotización jurídica –justo es admitirlo– la Corte argentina ha descripto una trayectoria jurisprudencial *ondulante*. En efecto, siguiendo los lineamientos sentados en la aludida causa “Giroldi”, en “Bramajo, Hernán, J.”¹⁴⁴ –del 12/09/96– adjudicó la calidad de *guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana* en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (considerando 8° del voto de la mayoría¹⁴⁵), aunque luego pareciera haber plasmado un repliegue de la amplia posición primigenia cuando en la causa “Acosta, Claudia B.”¹⁴⁶, del 22/12/98, aclaró que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél *debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial* (considerando 13 de la mayoría¹⁴⁷) –en todos los casos el énfasis debe sernos atribuido–. Esta última visión del Alto Tribunal nacional

¹⁴² Tal como se encargara de dejar expresamente de manifiesto en el *supra* aludido “Informe N° 36/00, Caso 11.101: ‘Masacre ‘Caloto’”, Colombia, 13/04/2000.

¹⁴³ Sobre la discusión acerca del valor obligatorio de las recomendaciones de la Comisión, Albanese y Bidart Campos señalan que la “recomendación” no es obligatoria (en los términos de la interpretación que la Corte Interamericana proporcionara al respecto en “Caballero Delgado y Santana”, sentencia de 08/12/95) es aquella emitida por la Comisión en función del art. 51.2 de la CADH, con posterioridad a la presentación del caso ante la Corte; al tiempo que las restantes recomendaciones son obligatorias, concluyendo que una interpretación de buena fe, de acuerdo con el objeto y el fin [de la Convención] debe afirmar tal obligatoriedad y la percepción acerca de que su incumplimiento genera responsabilidad internacional, puesto que si se desjerarquizase el valor de aquéllas no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional (Albanese, Susana y Bidart Campos, Germán J., 1998. **Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario**. Buenos Aires, Argentina, Ediar, pp. 148 y 154).

¹⁴⁴ Ver texto de la sentencia en *Jurisprudencia Argentina*. T° 1996-IV, Buenos Aires, Argentina, pp. 439 y ss.

¹⁴⁵ La mayoría quedó integrada con los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia conjunta votaron los ministros Fayt, Belluscio y Bossert.

¹⁴⁶ El texto del fallo puede ser consultado en *Jurisprudencia Argentina*. T° 1999-II, Buenos Aires, Argentina, pp. 346 y ss.

¹⁴⁷ La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez. Por su voto se expidieron conjunta y concurrentemente los doctores Bossert y Boggiano; por su parte, el ministro Petracchi lo hizo en disidencia.

fue confirmada en “Felicetti, Roberto y otros”¹⁴⁸, del 21/12/2000, causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de ‘La Tablada’ (ver considerando 6° de la mayoría¹⁴⁹) y, ya tangencialmente, en la causa “A.89.XXXV. Recurso de Hecho. ‘Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación -causa N° 1.813-”¹⁵⁰, del 19/12/2002 (considerando 5° del voto mayoritario).

Como colofón de lo manifestado, correspondería que la Corte unificase discursivamente su posición jurisdiccional frente a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, adjudicándole un mayor grado de obligatoriedad y no sólo valencia interpretativa¹⁵¹.

5. Ya desde otro ángulo, sobre los modos de relación entre dos términos fundamentales de la discusión pública de nuestro tiempo: *constitucionalismo* y *multiculturalismo*, Cossio expresa que si el indigenismo, que constituye una de las manifestaciones más relevantes del multiculturalismo, quiere tener algún grado de eficacia, la lucha multiculturalista tiene que concluir con la juridificación de las diferencias culturales¹⁵².

En paráfrasis de KYMLICKA, creemos que uno de los desafíos o claves a los que se enfrentan las democracias en la actualidad se centra en la necesidad de encontrar respuestas *moralmente defendibles y políticamente viables*¹⁵³ a diversas cuestiones que plantea el multiculturalismo –énfasis añadido–.

Es dable extrapolar lo apuntado precedentemente a la discusión relativa a la exigencia de diseñar mecanismos que armonicen los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, garantizando en todo caso el respeto por los derechos fundamentales¹⁵⁴. Así, se impone la necesidad de conjugar el derecho consuetudinario indígena con la normatividad positiva del Estado, pues aquél se encuentra vinculado a otros e importantes elementos de la cultura y de la identidad étnica aborígen.

Llevando la discusión a un plano argumental más específico, no se trata de renegar del *ius puniendi* en cabeza del Estado; antes bien, el problema circula por la necesidad de aplicar *funcionalmente* dicha potestad, tomando en consideración las particularidades

¹⁴⁸ Vid. *La Ley*. T° 2001-B, Buenos Aires, Argentina, pp. 62 y ss.

Una referencia al fallo puede verse en Bazán, Víctor, 2000. “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”. *Revista de Derecho Constitucional*. N° 3, julio-diciembre 2000, Caracas, Venezuela, Edit. Sherwood, pp. 15/44.

¹⁴⁹ El detalle de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se expidieron los doctores Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias –individuales, si vale la redundancia– de parte de los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

¹⁵⁰ El sentido de los votos fue el siguiente: la mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez; en disidencia lo hicieron, los doctores Petracchi y Bossert (conjuntamente) y Boggiano (individualmente).

¹⁵¹ Ver, en sentido coincidente, Loianno, Adelina, 1999. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, en Gordillo, Agustín *et al.*, *Derechos Humanos*. 4ª ed., Buenos Aires, Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, p. III-27.

¹⁵² Autor y obra citados en nota 83.

¹⁵³ Autor y obra citados en nota 84.

¹⁵⁴ De conformidad con lo que se plasmara en una de las conclusiones de la Mesa 1 del ‘VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional’ (ver *supra* nota 85).

idiosincrásicas y culturales de las comunidades indígenas, tal como de alguna manera se concretara en el caso “Puel” resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén¹⁵⁵.

En orden a propiciar una equilibrada interacción de las variables citadas, será dable exigir una comprometida actitud de mesura jurisdiccional para cohonestar los valores en juego: por una parte, los derechos de los pueblos indígenas, que exigen resguardo a partir del texto constitucional; y, por la otra, la necesidad –y el deber– de operativizar el *ius puniendi* que titulariza el Estado. Ello, en mesurado contrapunto para evitar que, de un lado, se lesionen –soslayándolas– las pautas culturales de los aborígenes y la voluntaria sujeción de éstos a sus preceptos consuetudinarios y, paralelamente y por el otro, que quede erosionada la potestad estatal permitiendo burlar el deber represivo frente a la comisión de una conducta delictiva, al tiempo de erigir como límite que aquella sumisión normativa de los indígenas (a su plataforma consuetudinaria) se desenvuelva sin atentar contra los derechos y las pautas fundamentales deparados constitucionalmente.

Como enseña BIDART CAMPOS, no se trata de privilegiar la sangre, el nacimiento o el origen étnico o racial –quebrando, así, la garantía de igualdad–, sino de aplicar la regla de que a quienes se encuentran en circunstancias distintas no se los ha de nivelar igualitariamente porque, si así fuera, en vez de igualdad se impondría la desigualdad; además, de que las normas que garantizan el derecho a la identidad y a la diferencia no equivalen a privilegio¹⁵⁶.

Como señaláramos, GARCÍA VITOR entiende que la cultura hegemónica no puede imponerse sin más a las culturas minoritarias o a las diferentes, mismas que en un sistema democrático deben ser respetadas, debiendo tomarse en consideración que, en Latinoamérica, la cultura de las etnias aborígenes es anterior a la eurocéntrica; de lo que extrae que no pueden incriminarse conductas que las minorías étnicas o los grupos sociales culturalmente delimitados no pueden cumplir en virtud de diferencias con sus pautas valorativas, debiendo –en consecuencia– reconocerse vigencia a los sistemas de castigo que cada grupo posee, mientras no se afecten bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, orden público), de modo de evitar la doble punición¹⁵⁷. Subsidiariamente, propone la posibilidad de acudir a las herramientas que

¹⁵⁵ A modo de alternativa, Becerra propone el uso de la *probation* y de penas distintas de la clásica prisión, afirmando que no cabe duda que el sistema penal y la propia pena como reacción estatal no es el mejor modo de enfrentarse a un conflicto y mucho menos a uno que requiere cierta sensibilidad cultural. Señala en primer lugar, las conocidas “alternativas a la prisión”, es decir, un catálogo de sanciones que evitan el efecto destrozo de la personalidad que trae aparejada la cárcel como institución total (trabajo comunitario, reparación a la víctima, multa, arresto domiciliario). La segunda opción reside en acudir a la institución de la suspensión del procedimiento a prueba, lo que grafica afirmando que sería una muy buena iniciativa que en todos los casos en que el autor o la víctima sean miembros de una comunidad indígena se dirijan hacia esta salida que permitiría incluso un tratamiento más amplio y personalizado de la cuestión social, lo que –obviamente– requeriría una modificación del art. 76 *bis* del Código Penal (*op. cit.*, pp. 34/36). En el Anexo de su obra, el autor transcribe dos proyectos de ley en el sentido apuntado: uno, modificando el mencionado art. 76 *bis* del Código Penal, incluyendo a su texto como último párrafo, el siguiente: “Si el imputado es miembro de una comunidad indígena y solicitare la suspensión del juicio a prueba, su solicitud obligará al Juez a aceptarla” (*op. cit.*, p. 39). El restante, acordando competencia a la justicia federal para conflictos judiciales en los cuales estén involucrados miembros de las comunidades indígenas (*op. cit.*, p. 41).

¹⁵⁶ Autor y obra citados en nota 51 y su reenvío a nota 50.

¹⁵⁷ Autor y obra citados en nota 72.

proporciona la dogmática, a través de la justificación, el error, el estado de necesidad, la coacción o el miedo insuperables, o el concepto de culpabilidad material, para exculpar o disminuir la atribución de responsabilidad, individualizando la pena conforme a la misma¹⁵⁸.

Es que, como con acierto afirma BECERRA, a través del prisma de la diversidad cultural cobran nuevas dimensiones los principios de legalidad, igualdad ante la ley y de culpabilidad; añadiendo que todo el sistema de administración de justicia penal y el modelo teórico que le sirve de sustento han sido pensados, en Argentina y durante más de cien años, de espaldas a los orígenes culturales de nuestra tierra, siendo hora ya de mirar hacia nosotros mismos¹⁵⁹.

6. En cuanto al sensible tema de la en algunas ocasiones alegada eventual oposición que mediaría entre derecho individual y derecho colectivo indígena, se ha sostenido que ya en la preparación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Comisión Interamericana desarrolló -desde 1990- el principio jurídico según el cual derecho individual y derecho colectivo no se oponen, sino que son partes del principio de goce pleno y efectivo de los derechos humanos¹⁶⁰.

Se ha agregado que, siguiendo el precedente de los arts. 29 de la DUDH y 27 del PIDCP, que reconocen la existencia de derechos que sólo pueden ser gozados en conjunto con los restantes miembros de una colectividad, la Comisión consideró que el pleno goce por parte de cada individuo de ciertos derechos individuales sólo es posible si se reconoce dicho derecho al resto de los individuos miembros de esa comunidad, en tanto grupo organizado; así, el derecho a utilizar el lenguaje propio, o a profesar una religión o creencia espiritual no sólo requiere el respeto al individuo, sino también el respeto a esa colectividad a establecer sus instituciones, practicar sus rituales, y desarrollar esas creencias o elementos culturales comunes¹⁶¹.

Por fin, se precisó que en el proyecto de Declaración ese concepto se plasma en todo su articulado, relativo a derechos culturales, políticos y económicos y que los derechos que se enuncian en aquél tienen como sujeto de los mismos a las comunidades indígenas, se refieren a condiciones jurídicas colectivas de las mismas, y pueden ser reivindicados, según el caso, ya por los individuos, ya por las autoridades representativas en nombre de la comunidad¹⁶².

Mutatis mutandi, y aun cuando critica la expresión “derechos colectivos” (entre otras cosas, por ser amplia, no lograr trazar la distinción entre restricciones internas y protecciones externas, y por sugerir una falsa dicotomía con los derechos individuales) KYMLICKA, se muestra partidario de la existencia de derechos diferenciados en función del grupo, ya que se otorgan en virtud de la pertenencia cultural, aunque algunos de ellos se confieran a los individuos, otros al grupo, otros a una provincia o territorio, y otros donde el número de personas lo justifica¹⁶³. Luego, el autor citado recuerda que colectivistas e individualistas discrepan acerca de si las comunidades pueden tener derechos o intereses independientemente de sus miembros individuales, en

¹⁵⁸ *Vid. supra* nota 73.

¹⁵⁹ Becerra, Nicolás, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ *Loc. cit.* nota 97 (“Doctrina y jurisprudencia de la Comisión...”).

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 72.

debate sobre la primacía del individuo o de la comunidad que es uno de los más antiguos y venerables de la filosofía política, no obstante lo cual KYMLICKA sostiene cuán inútil resulta tal cuestión a la hora de evaluar la mayoría de los derechos diferenciados en función del grupo en las democracias occidentales ya que la mayoría de tales derechos no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes¹⁶⁴.

7. En la actualidad, según se sostuviera, sobreviven en nuestro territorio argentino, las siguientes comunidades: los *mapuches*, en Neuquén, Río Negro y Chubut; los *wichis*, en Salta, Formosa y Jujuy; los *chulupi*, en Formosa; los *chorotes*, en Formosa, Chaco y Salta; los *mocoví*, en Santa Fe y Chaco; los *tobas*, en Salta, Formosa y Chaco; los *pilagá*, en Formosa; los *chiriguano*, en Salta y Jujuy; los *chanés*, en Salta; los *caingúa*, en Misiones; los *collas*, en la Puna y el Altiplano de Salta y Jujuy; los *diaguitas-calchaquíes*, en los Valles Calchaquíes; los *tehuelches*, en Chubut y Santa Cruz; y otros pequeños grupos supervivientes¹⁶⁵.

Por ello (y por ellos) el Estado argentino no deberá olvidar, como con claridad lo subrayó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁶⁶.

Ojalá que el art. 75, inc. 17, de la C.N. sea mucho más que una mera cláusula simbólica y líricamente reivindicativa. Útil materia prima para activar una provechosa vinculación con dicha norma viene ofrecida por el inc. 19 del mencionado art. 75 *ibíd.*, al imponer al Congreso Nacional la obligación de dictar leyes que “*protejan la identidad y pluralidad cultural*”; ello, en equilibrado contrapunto para la preservación de la idiosincrasia indígena, sin abdicación de los valores e identidad propios, y la profundización de su autoafirmación comunitaria.

Esperemos así sea, para que la problemática aborígen y su dinámica cultural no sólo se recuerden figurativamente el 19 de abril o el 10 de diciembre de cada año, en oportunidad de conmemorarse, respectivamente, el ‘día del indígena americano’ o el recientemente instituido ‘día de los derechos humanos¹⁶⁷. La importancia de la cuestión exige mucho más que una evocación alegórica y se inscribe en el marco moralizante de la tantas veces repetida (y otras tantas incumplida) máxima que precisa que *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*¹⁶⁸.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 75/76.

¹⁶⁵ *Situación de los indios en la República Argentina*. Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, julio de 1986, Buenos Aires, Argentina, p. 11; aludido por Rosatti, Horacio D., *op. cit.*, p. 195.

¹⁶⁶ Caso ‘Godínez Cruz’, sentencia del 20/01/89, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie ‘C’: *Resoluciones y Sentencias*, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, párrafo 176, p. 72.

¹⁶⁷ La Ley N.º 25.502 (B.O. del 05/12/2001), instituyó –por medio de su art. 1– el 10 de diciembre como ‘día de los derechos humanos’, en conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.

¹⁶⁸ Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre “La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13/09/89, aludida por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 2001. Prólogo a la obra de Cançado Trindade, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, España, pp. 11/12.