



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Bazán, Víctor

Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre, 2003, pp. 759 - 838

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710801>

- ▶ 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 ARGENTINA: DIVERSOS ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA. SUS PROYECCIONES EN LOS ÁMBITOS INTERNO E INTERNACIONAL*

Víctor BAZÁN**

RESUMEN: El autor realiza un estudio sobre la regulación de los derechos de los pueblos indígenas en Argentina, específicamente en lo que se refiere al conflicto entre derecho penal estatal y derecho consuetudinario indígena. De esta forma, comienza exponiendo el contenido de la reforma constitucional de 1994 y algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional en esta materia. En seguida, analiza la interrelación entre el *ius punendi* del Estado y el respeto a la identidad y diversidad culturales. Posteriormente, explica cómo la omisión de respetar los derechos humanos y la identidad de los pueblos indígenas, además de violar una norma de derecho interno, puede generar responsabilidad internacional, si se toma en cuenta que, de acuerdo con la Constitución argentina reformada sustancialmente en 1994, los tratados internacionales en materia de derechos humanos son jerárquicamente superiores a las leyes internas.

Palabras clave: derecho indígena, derechos humanos, tratados internacionales, jerarquía de normas.

* Una parte de este trabajo, con el título: "La nueva cláusula constitucional argentina sobre derechos indígenas: proyecciones de la cuestión en los ámbitos interno e internacional", fue presentada como ponencia (oportunamente defendida) en la Mesa 1: "Los derechos fundamentales y el Estado" del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en México, D. F., del 12 al 15 de febrero de 2002.

** Profesor titular de derecho constitucional y derecho internacional público y comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, República Argentina.

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias. II. El marco normativo al que accede la nueva cláusula constitucional relativa a los derechos de los pueblos indígenas. III. Breve recorrido por algunos precedentes jurisprudenciales vinculados con la problemática en tratamiento. IV. Persecución penal por el Estado, diversidad cultural y derecho consuetudinario indígena. V. Derechos de los pueblos indígenas y responsabilidad internacional del Estado. VI. Apreciaciones finales.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

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 artículo 75, inciso 17—, y a partir de dicho precepto y su empalme con otras normas constitucionales y subconstitucionales, recalcar en el relevante problema de la conexión entre el derecho penal estatal y el derecho consuetudinario indígena, expresión esta última que —aclaramos desde ahora— debe interpretarse extensivamente, ya que el derecho indígena incluye también aspectos normativos que no resultan fruto del uso y la repetición de prácticas concebidas como obligatorias;¹ en todo caso, y con 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 entre el *ius puniendi* en cabeza del Estado, y 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 inter-

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

nacional de los derechos humanos, cuestión ésta que nos introducirá en la necesidad de dilucidar si un Estado podría incurrir en responsabilidad internacional como consecuencia de violar (por acción u omisión) las disposiciones protectoras de los derechos de los pueblos indígenas.

En otras palabras, se buscará indagar 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 artículos 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y/o 4.1, 5.a, 8.1 y 9.2 del Convenio núm. 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, inciso 22, a los tratados y convenios internacionales vis-à-vis el derecho interno.

En el marco 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, realizaremos 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 para 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.

Dentro del esquema anunciado, es útil la opinión ---mutatis mutandi--- de 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 axiológica, conjugando una perspectiva *iusnaturalista* con la teoría de la experiencia jurídica.² Extrapolando tal

² El citado autor español adscribe a la tesis del *iusnaturalismo crítico y deontológico*

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 en aras de que 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 iniquidades.

Por último, y a modo de confesión personal, permítasenos indicar que, desafiando la escasa magnitud en términos cuantitativos de población indígena en Argentina vis-à-vis otros países iberoamericanos, igualmente emprendemos este ensayo, convencidos ---no

que, —según su explicación— no niega juridicidad al derecho positivo injusto, más 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, “En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos” (separata), *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 41, primer y segundo semestres de 1996, pp. 241 y 242.

obstante aquella referencia de índole numérica--- del innegable volumen cualitativo de la cuestión en tratamiento.

II. EL MARCO NORMATIVO AL QUE ACCEDE LA NUEVA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. La Ley nacional núm. 24.309 ---declaratoria de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional (CN), que cristalizó en la importante modificación de 1994---, incluyó como tema habilitado por el congreso para su debate en la Convención Constituyente, a la adecuación de los textos constitucionales con el fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas (artículo 3o., punto 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 (artículo 67, inciso 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---. El desfase provocado por el anacronismo de tal precepto era más que evidente.

Con la modificación y renumeración del articulado constitucional, a manos de la reforma de 1994, parte de aquel artículo pasó a ser el inciso 16 del artículo 75⁵ (“Proveer a la seguridad de las fronteras”), introduciéndose, como inciso 17 del aludido artículo 75, una cláusula específica en materia de derechos de los pueblos indígenas argentinos, que textualmente expresa:

³ Recuérdese que el poder constituyente originario que da forma al Estado argentino comienza en 1853 y se clausura en 1860, esta última fecha fue signada por la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Federación.

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

⁵ El actual artículo 75, con sus treinta y dos incisos, concentra el plexo de competencias del Congreso Nacional.

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.⁶

Cabe resaltar que se borra la antigua referencia a los “indios” que brindaba el ex artículo 67, inciso 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 Indias;⁷ 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 artículo 75, inciso 17, constituye un avance (aun cuando se advierta la convergencia de algunas pautas de difícil concreción)⁸ en cuanto al establecimiento

⁶ Para facilitar la comprensión de la problemática de la concurrencia competencial nación-provincias, es importante recordar que el orden estadal argentino se encuentra diseñado sobre una estructura federal, lo que significa que las provincias que integran la nación conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal; además, son autónomas, calidad que las faculta para dictar sus propias Constituciones y normas locales (y regirse por ellas), erigir sus instituciones, elegir a sus autoridades, administrarse por sí mismas, etcétera.

⁷ Punte, Roberto Antonio, “Los indígenas argentinos en la reforma constitucional (artículo 75, inciso 17)”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 161, p. 889.

⁸ Así, y en tren de anunciar potenciales inconvenientes, Lucena Salmoral advierte —entre otras incógnitas— sobre: la dificultad de implementación práctica del derecho “a una edu-

normológico de ciertos lineamientos fundamentales referidos a los derechos de los pueblos indígenas argentinos:⁹ verbigracia, 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 núm. 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Poblaciones Indígenas y Tribales —de 1957—, y ‘pueblos’, empleado por su sucesor, el Convenio núm. 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 núm. 169 entraña un singular avance. Al respecto, Bronstein señala que para los grupos indíge-

cación 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; etcétera), 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, “Identidad de los pueblos indígenas”, en varios autores, *La Constitución argentina de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 261 y 262.

⁹ Se ha dicho que nuestra Constitución mantuvo durante más de un siglo, para vergüenza de los argentinos, el inciso 15 del artículo 67, auténtico baldón que se corrigió con la reforma de 1994, estableciéndose en el actual artículo 75, inciso 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, “El Estado-Nación y el derecho de los pueblos indios”, *La Ley*, Buenos Aires, 1999-B, p. 227.

nas 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 culturales.¹⁰

2. Retomando el hilo conductor de este segmento del trabajo, vale evocar que el espectro legal en el que viene a insertarse ---y a gobernar normativamente--- la nueva disposición constitucional nacional, estaba compuesto por las leyes nacionales núms. 23.302 y 24.071, a las que nos referiremos sucintamente a continuación:¹¹

- Entre otros aspectos regulados por la Ley nacional 23.302 (BO 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

¹⁰ Bronstein, Arturo, “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”, varios autores, Memoria del Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 14 y ss., citado por Iturraspe, Francisco, “Los derechos de los pueblos (o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999 (ponencia)”, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Mesa 1), México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 12-15 de febrero de 2002.

¹¹ Ello, por supuesto, sin olvidar la existencia de una normativa genérica antidiscriminatoria. Aludimos a la Ley nacional núm. 23.592, de 1988, que sanciona civil y penalmente los actos y omisiones de ese carácter, reputándose como tales aquellos basados en motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

que tal normativa fuera reglamentada; lo que se concretó por medio del Decreto nacional núm. 155-89 (BO 17-02-89).

- Mediante la Ley nacional núm. 24.071 (BO 20-04-92) se aprobó el aludido Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (núm. 169), adoptado en Ginebra ---en 1989--- en la 76a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (y ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000),¹² por el cual se revisa el también referido Convenio de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957 (núm. 107), aprobado por la Ley nacional núm. 14.932 (BO 29-12-59).

Colateralmente, informamos que en fecha reciente se ha dictado la Ley nacional núm. 25.607 (sancionada el 12-06-2002, promulgada el 04-07-2002 y publicada el 08-07-2002), cuyo artículo 1o. establece la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el inciso 17 del artículo 75 de la CN. Asimismo, determina ---ya en su artículo 2o.--- 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 artículo 7o. 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 artículo 3o. 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 inciso 17 del artículo 75 de la CN a las diferentes lenguas de los pueblos que hoy habitan en la República Argentina,

¹² Permitásenos formular una aclaración: si bien el aludido convenio fue aprobado por la mencionada Ley nacional núm. 24.071, la administración del ex presidente Carlos Saúl 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 Fernando de la Rúa, formalizando el pertinente depósito en Ginebra, con fecha 3 de julio de 2000, tal como se expone en el texto principal de este trabajo.

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.

De regreso de la digresión consistente en la breve alusión al dispositivo legal reseñado en el párrafo precedente, 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--- sea complementado con el respeto por los restantes órdenes que componen la concepción trialista: el sociológico y el dikelógico. Es que la magnitud normativa de la Constitución escrita debe ser acompañada por la dimensión sociológica, en la que aquélla alcance eficacia (vigencia sociológica), y por la dikelógica (del valor), que debe realizar el valor con signo positivo.¹³

Y si bien la cláusula protectiva 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 nacional núm. 24.309 (artículo 7o.)¹⁴ de avanzar reformatoriamente sobre el perímetro y la superficie de la primigenia parte dogmática de la CN,¹⁵ no ha dejado de encaramarse como una pauta valorativa que integra el plexo de derechos insoslayables¹⁶ que, a su vez, nutren lo que Bidart Campos

¹³ Véase, para ampliar, Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 30.

¹⁴ 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”.

¹⁵ Al respecto, Sagüés denuncia un contrabando normativo del constituyente. Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed. act. y ampl., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. 2, p. 460.

¹⁶ Como refuerzo de nuestro argumento, es útil comprobar que en el dictamen de la comisión núm. 5 —en cuyo seno se debatió la cláusula indígena— remitido a la comisión núm. 1 (de redacción), se sugería la inclusión del texto (que cristalizara en el artículo 75, inciso 17, de la CN), 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 artículos 36 a 43.

denomina el derecho constitucional de la libertad y “la expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica”.¹⁷

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 estaduales,¹⁸ pues ---como mutatis mutandi se ha resuelto para salvar alguna omisión constitucional 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”.¹⁹

La modificación constitucional efectuada 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 país,²⁰ brindan, verbigracia, las leyes fundamentales de:²¹

17 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I: A, nueva ed. ampl. y act. a 1999-2000, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 358 y ss.

18 Sobre el tema, véase Bazán, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en id. (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 171-269; id., “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en id. (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1997, pp. 41-108.

19 Considerando 22 del voto mayoritario emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Ekmekdjian c/Sofovich” (del 7 de julio de 1992). El fallo puede consultarse en *La Ley*, Buenos Aires, 1992-C, pp. 543 y ss.

20 La reseña de derecho comparado encarada en el texto, vale como 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, “La reforma constitucional en materia indígena. Los derechos políticos” (ponencia), VII Congreso Iberoamericano..., cit., nota 10. 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. *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999; citado por Gidi Villarreal, Emilio, op. cit., en esta misma nota.

21 Con la finalidad de obtener un repaso sintetizado de los elementos sobresalientes del constitucionalismo iberoamericano con relación a la situación indígena, es de gran utilidad leer la obra de Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM,

- Bolivia (artículos 1o.; 171).
- Brasil (artículos 20.XI; 22.XIV; 49.XVI; 109.XI; 129.V; 176.1o.; 210.2o.; 215.1o.; 231; 232).²²
- Colombia (artículos 7o.; 10; 63; 68, antepenúltimo pfo.; 72; 96.2.‘c’; 171, pfos. 4o. y 5o.; 176, pfos. 3o. y 4o.; 246; 286; 287; 288; 329 y su parágrafo único; 330 y su único parágrafo; 339).
- Costa Rica (artículo 76).²³
- Ecuador (Preámbulo y artículos 1o.; 3o., inciso 1o.; 24, inciso 10; 62; 66, pfo. 2o.; 68; 69; 83; 84; 97, apartados 12 y 20;²⁴ 191, pfo. 3o.; 224; 228; 241).
- El Salvador (artículo 62, pfo. 2o.).
- Guatemala (artículos 58; 66 a 70; 76).
- Honduras (artículo 173, 346).
- México (artículos 1o.; 2o.; 27, fracc. VII; 115, fracc. III, *in fine*).²⁵
- Nicaragua (artículos 5, pfo. 3o.; 8o.; 11; 89 a 91; 107; 121; 180; 181).
- Panamá (artículos 84; 86, 104; 112; 120; 122, *in fine*; 123; 141.5; 321).
- Paraguay (artículos 62 a 67; 140).
- Perú (artículos 2o., núm. 19; 48; 88; 89; 149).
- Venezuela (Preámbulo y artículos 9o.; 100; 119 a 126; 260).

Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; particularmente lo escrito bajo el título de “Constitución y etnias”, dentro del capítulo referido a “Consideraciones acerca del régimen constitucional de la tolerancia”, pp. 92-96.

²² Para una breve referencia adicional sobre el ordenamiento constitucional brasileño, véase *infra*, nota 101.

²³ Por conducto de la reforma constitucional 45, núm. 7.878, de 27-05-99, publicada en la Gaceta núm. 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.

²⁴ Incluimos en la nómina a dicha cláusula (artículo 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.

²⁵ Para el tratamiento de la cuestión en México, y otras referencias al derecho comparado, véase la interesante obra de Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Ad intra nación argentina, el derecho público provincial comparado nos muestra que algunas Constituciones locales (además de cierta normativa infraconstitucional)²⁶ han consagrado preceptos que, con diferente tenor protectivo, plasman el reconocimiento de los derechos indígenas. Así, las de:

- Chaco, que en su artículo 37 reconoce ---*inter alia*--- la preexistencia de los pueblos indígenas y su identidad étnica y cultural.
- Chubut, cuyo artículo 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 artículo 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 artículo 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.

²⁶ Por ejemplo, las leyes dictadas en las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, Misiones, Río Negro, Salta y Santa Fe.

- Río Negro, que en su artículo 42 precisa que el Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial, paralelamente a asegurarle el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, etcétera.
- Salta, que a través de su artículo 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. BREVE RECORRIDO POR ALGUNOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES VINCULADOS CON LA PROBLEMÁTICA EN TRATAMIENTO

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 ---verbigracia--- 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’.

A. “Lorenzo Guari y otros c/Provincia de Jujuy s/Reivindicación”

En “Guari”,²⁷ la CSJN se pronunció ---en un único y coincidente voto---²⁸ el 9 de septiembre de 1929. Respecto a lo que aquí interesa, negó “personería jurídica para actuar en juicio” a las “comunidades de indígenas” invocadas en la demanda²⁹ 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, ya que éste no es indiferente a las invocaciones de los actores en el sentido de la 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 CN--- ponerles remedio, ya que ---a diferencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América---, 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.

²⁷ *Fallos*, 155:302.

²⁸ En aquel momento el tribunal estaba integrado por los ministros Bermejo, Figueroa Alcorta, Repetto, Guido Lavalle y Sagarna.

²⁹ 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 de abril de 1877 a favor de la primera (véase *Fallos*, 19:29). No obstante lo anterior, 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.

B. “Abdón López”

En “Abdón López”,³⁰ por mayoría (compuesta por los ministros Ortiz Basualdo, Chute, Cabral y Bidau), y en fecha 21 de julio de 1969, 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 dado lugar al amparo requerido por el actor contra la resolución del Consejo Agrario Provincial que ordenó el desalojo de 3.000 animales lanares 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) artículo 67, inciso 15, de la CN (hoy, artículo 75, inciso 17), tratándose ---en el caso--- de una medida adoptada por la provincia como titular del dominio y en ejercicio del poder de policía, tendente 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 artículo 67, inciso 15, de la CN---, 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, con base en 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 CN 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.

**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 Alemán 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 nacional núm. 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 4 de diciembre de 1995.³¹ La mayoría del tribunal (integrada por los ministros Nazareno, Moliné O’Con-

³¹ *Fallos*, 318:2513.

nor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Levene [h.] y Bossert) declaró inadmisible, en los términos del artículo 280³² 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 motionó 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 artículo 75, inciso 22, de la CN, es decir, con primacía sobre las leyes (volveremos sobre el particular).

D. “Terrabón SACIFIA c/Provincia de Buenos Aires”

El 15 de julio de 1997, la CSJN dictó sentencia en la causa “Terrabón”³³ (de competencia originaria del alto tribunal) y, en relación con lo que aquí interesa, citó el considerando octavo del precedente de “Guari” (véase 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.

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 Colombia³⁴ en un pronunciamiento cro-

³² Norma que, en la porción que aquí interesa (parte in fine del pfo. 1o.), faculta a la corte —según su sana discreción, y con la sola invocación de la norma en cuestión— a rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

³³ *Fallos*, 320:1571.

³⁴ No obstante que en el texto elogiamos en el particular la visión trasuntada por la

nológicamente cercano al emitido en “Terrabón” por la corte argentina. En aquel precedente³⁵ (“Córdoba Triviño, Jaime en: Grupo Étnico Indígena U’wa c/ Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.”),³⁶ resuelto por la sala plena el 3 de febrero de 1997, 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 ---remarcado propio---.³⁷ 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

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 núm. 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 núm. 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., nota 1, pp. 114 y 115.

³⁵ 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.

³⁶ Las referencias al fallo han sido extraídas de La Ley..., cit. nota 9, pp. 225-226.

³⁷ Ibidem, p. 225.

80),³⁸ y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que los ocupan.³⁹ Asimismo, estableció que el derecho fundamental del Grupo Étnico Indígena U'wa para 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, núm. 2:⁴⁰ el de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.⁴¹ 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 (artículo 40, núm. 2) y a la integridad de aquélla, sino también el derecho al debido proceso.⁴²

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

Abandonando los precedentes de la Corte Suprema, por el 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. núm. 228-98),⁴³ fallada ---por medio del Acuerdo núm. 8-99--- el 12 de marzo de 1999.

³⁸ 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.

³⁹ La Ley..., cit. nota 9, p. 226.

⁴⁰ Que reconoce el derecho de todo ciudadano a tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

⁴¹ La Ley..., cit. nota 9, p. 226.

⁴² *Idem*.

⁴³ Para el comentario específico del fallo, véase Bazán, Víctor, “Justificación putativa,

A. La causa

En ocasión de realizarse ciertos estudios en terrenos de la “Agrupación Mapuche Puel”, debidamente autorizados por el Lanco Vicente Puel, y que consistían en la demarcación y colocación de estacas en los mismos, el imputado (señor 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 (artículo 183 del Código Penal⁴⁴ —en adelante CP—), se le impuso la pena de un mes de prisión en forma condicional, el cumplimiento de las reglas de conducta dispuestas en los incisos 1o. y 3o. del artículo 27 ---bis--- *ibidem*,⁴⁵ y se fijaron a su cargo las costas del proceso.

La defensora oficial del encausado interpuso recurso de casación, el cual, 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 artículo 415, inciso 1o., del Código Procesal Penal local, es decir, inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustancial. En síntesis, y discrepando parcialmente con la funcionaria recurrente, casó la sentencia criticada y absolvió ---sin costas--- al procesado.

derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 18-09-2000, pp. 1-11, en esp. pp. 1-6.

⁴⁴ Precepto que dispone: “Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

⁴⁵ Es decir, respectivamente, fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; y abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

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, el cual consistía en 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”.⁴⁶ En síntesis, el fallo absolutorio se cimentó en la creencia que embargaba al encartado en el sentido de que ejercía un legítimo derecho (artículo 34, inciso 4o., CP) y en la circunstancia de que tal ejercicio se veía viciado por un error no imputable (artículo 34, inciso 1o., *ibidem*), sustentado en las peculiaridades culturales de aquél, lo que empalmaba con la previsión tuitiva del derecho a la identidad indígena contenida en el artículo 75, inciso 17, de la CN.⁴⁷

⁴⁶ El fallo cita la definición de Tozzini, Carlos A., *Dolo, error y eximentes putativas*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 65.

⁴⁷ Al comentar la sentencia, Kalinsky sostiene que se reconoce por primera vez en un fallo, “que no hay duda es histórico”, el artículo 75, inciso 17, de la CN, 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

Es también interesante la remisión que al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) efectúa el fallo comentado, al acudir al artículo 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 aplicación del mencionado artículo 27 puede verificarse a través del sistema de informes.⁴⁸

El decisorio comentado hizo que la dimensión normológica descendiera al plano fáctico, enlazando el artículo 75, inciso 17, con los artículos 31⁴⁹ y 75, inciso 22,⁵⁰ de la CN y, dentro de esta última norma, con el artículo 27 del PIDCP y la preceptiva aplicable del Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas

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 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. Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, “Delito y diversidad cultural: una lectura interdisciplinaria de un fallo”, *Ley, Razón y Justicia*, Neuquén, año 2, núm. 3, enero-julio de 2000, pp. 277-280.

⁴⁸ Symonides, Janusz, “The United Nations System Standard-Setting Instruments and Programmes Against Discrimination: Introductory Remarks”, *The Struggle Against Discrimination*, París, UNESCO, 1996, pp. 28 y 29.

⁴⁹ El artículo 31 de la CN especifica qué instrumentos jurídicos son ley suprema de la nación: la Constitución, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso Nacional y los tratados con potencias extranjeras. A la normativa suprema de la nación deben conformarse las autoridades de provincia no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales.

⁵⁰ Con cargo de volver sobre el particular, cabe aclarar provisoriamente que por medio del artículo 75, inciso 22, de la CN, se sentó como principio general que los tratados internacionales y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes; además, por virtud de la misma norma, se atribuyó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales se encuentra el PIDCP.

y Tribales en Países Independientes; posteriormente, los conjugó con el artículo 34, incisos 4o. y 1o., del CP, para ofrecer una solución valiosa desde el plano dikelógico.

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

- Del artículo 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 artículo 4.1, en lo tocante a la adopción de medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones y las culturas de aquéllos.
- Del artículo 5o. 'a', en la medida en que se exige reconocer y proteger sus valores y prácticas ---*inter alia*--- sociales y culturales.
- La obligación genérica del artículo 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 artículo 9.2, en cuanto al deber 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 mapuches---⁵¹ con la tierra, problemática que constituye un importante elemento nutritivo del precepto constitucional, ya que, al decir del conven-

⁵¹ 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.2o.B.c.).

cional Rodolfo A. Díaz, en su inserción durante el despliegue de la Asamblea Constituyente de 1994:

[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.⁵²

En sintonía con ello, nos parecen reveladoras las palabras que el prestigioso antropólogo y sociólogo Rodolfo 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 de agosto de 2001 ---pronunciamiento sobre el que volveremos---:⁵³

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

⁵² Véase transcripción en Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI: La reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 639.

⁵³ Véase subap. V.B.‘d’ de la sentencia de la corte, dentro del extenso pfo. 83.

un concepto comunal de la tierra y de sus recursos ---en todos los casos el énfasis ha sido añadido---.

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 aborigenes puedan burlar los preceptos contenidos en la ley penal, bajo la simple invocación del artículo 75, inciso 17, de la CN 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 y 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 artículo 16 de la CN,⁵⁴ “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”.⁵⁵

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 demás;⁵⁶ 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

⁵⁴ Que dispone —entre otros puntos— que la nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; que no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza; y que todos sus habitantes son iguales ante la ley.

⁵⁵ Segovia, Gonzalo y Segovia, Juan Fernando, “La protección de los indígenas”, en varios autores, Derecho constitucional de la reforma de 1994, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos-Distribuidora Depalma, 1995, t. I, pp. 340-342.

⁵⁶ Bidart Campos, Germán J., El derecho constitucional humanitario, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 169.

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 desigualdad.⁵⁷ Añade ---en argumento que compartimos y del que nos valemos para dejar sentado que no acordaríamos con la eventual tacha de arbitrariedad del fallo comentado---⁵⁸ 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 indirecta.⁵⁹ Por último, puntuiza 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 privilegio.⁶⁰

La polémica no deja de ser interesante, mas ---como anunciábamos--- no participaremos 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 equilibradas del espectro normativo vigente a las exigencias y peculiaridades fácticas del caso. Previa promesa 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

⁵⁷ *Ibidem*, p. 171.

⁵⁸ 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 artículo 16 de la CN (que estatuye la igualdad formal) con otros preceptos que apuntan al logro de la igualdad real o jurídica (artículos 37 y 75, incisos 19 y 23, *ibidem*). Véase, sobre el punto, Bazán, Víctor, “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en Bidart Campos, German J., *Economía, Constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 124-130.

⁵⁹ Bidart Campos, German J., *El derecho constitucional...*, cit., nota 56, p. 172.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 173.

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’”.⁶¹

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.

Esto, 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, 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 depurados constitucionalmente.⁶²

⁶¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 133 y 134.

⁶² 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 permitiría que los indígenas aplicaran ‘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, Buenos Aires, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia-La Ley, 1995, t. II, p. 1141.

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

IV. PERSECUCIÓN PENAL POR EL ESTADO, DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA

1. En la práctica, y disculpándonos por la aparente trivialidad del ejemplo, una forma útil de procurar integrar a las comunidades⁶³ indígenas radicaría en interpretar la conducta antijurídica de un aborigen 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 cultura.⁶⁴ De tal modo, podría cumplirse el propósito que ---al decir de Rosatti--- busca perfilar el artículo 75, inciso 17, de la CN, esto es “congeniar la identidad sociocultural del aborigen dentro de un contexto jurídico-político de mayor escala”,⁶⁵ 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 incluido actualmente en el artículo 75, inciso 17, de la CN 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”.⁶⁶

⁶³ 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 et al., “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 164, p. 1200.

⁶⁴ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., nota 52, t. VI, pp. 372 y 373.

⁶⁵ Rosatti, Horacio D., “Status constitucional de los pueblos indígenas”, en varios autores, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 199.

⁶⁶ Rojas, Mario Edgardo, *op. cit.*, nota 9, p. 231.

2. El introito que delineáramos en el tandem 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 indígena⁶⁷ o, por el contrario, infracciones que devienen censurables para ésta, que no son igualmente calificadas por la legislación penal estatal;⁶⁸ 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 aborigen a la que aquél pertenece;⁶⁹ 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; etcétera.

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

⁶⁷ 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, “Introducción al derecho indígena”, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1991, p. 314.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Un despacho periodístico —de la agencia Infosic— 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, San Juan, 11 de marzo de 2000, p. 21.

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”.⁷⁰

No se trata de desconocer el *ius puniendi* del Estado; antes bien, el problema circula por la necesidad de aplicar funcionalmente⁷¹ 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 Baratta—⁷² 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 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 consue-

70 Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 67, p. 311.

71 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, “¿Garantismo vs. funcionalismo?”, en varios autores, *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997-B, 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, *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, p. 159 (nota 99)), sino que lo hacemos para connotar la idea de una interpretación funcional (disculpesenos 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, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 34-43.

72 García Vitor, Enrique, *Diversidad cultural y derecho penal*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, núm. 36, 1994, Colección Jurídica y Social, p. 10. A su vez, tal autor cita a Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, Siglo XXI, pp. 71 y ss.

tudinario 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 aborigen: la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia.⁷³

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 artículo 15 de la Ley nacional núm. 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. En un valioso intento de sistematización, a partir de responder afirmativamente al interrogante acerca de si la nueva norma constitucional (artículo 75, inciso 17) tiene incidencia o proyección sobre el sistema jurídico-penal en particular, Cesano esboza tentativamente dos proyecciones posibles de la cuestión:⁷⁴

- 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 aquélla.⁷⁵
- 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

⁷³ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, nota 67, p. 310.

⁷⁴ Despliega el examen de tales proyecciones en Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, *op. cit.*, nota 47, pp. 242-244.

⁷⁵ 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; *ibidem*, pp. 243 y 244.

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 proyecciones anuncias, acota que ---por su dirección--- dichas soluciones se han orientado hacia:⁷⁶

- 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 composicional 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 composicionales 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 humana).⁷⁷
- 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, verbigracia, causa de inculpabilidad por error), o teniendo en cuenta las particularidades cul-

⁷⁶ Ibidem, pp. 244 y 245, y 248.

⁷⁷ Zaffaroni, Eugenio R. (coord.), "Informe final", Sistemas penales y derechos humanos, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, 1986, pp. 57-58; aludido por Cesano, José Daniel y Kalinsky, op. cit., nota 47, p. 245.

turales derivadas de la pertenencia al grupo como correctivo (atenuación) para la imposición de la sanción (en este caso, y aclara 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. 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 aborigenes 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), para evitar la doble punición.⁷⁸ Asimismo, y en forma subsidiaria, el autor citado señala que debe acudirse 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 misma.⁷⁹

5. Por su parte, y 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”, Becerra⁸⁰ comenta en primer lugar la tendencia que se verifica desde hace algunas décadas debido a que la teoría del delito, en el proceso de subsunción de la conducta a un tipo penal, abandone cierto

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

79 *Idem*.

80 Becerra, Nicolás, *Derecho penal y diversidad cultural: la cuestión indígena*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pp. 24-26.

apego al ideal científico del positivismo, es decir (y en palabras de Welzel) que la tipicidad implica “relevancia social”⁸¹ 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 asentado 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 desenvuelve.⁸²

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 —artículo 16 de la Constitución Nacional—, puesto que si la justicia penal no respeta a aquélla, 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 hombre⁸³ (énfasis del original).

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

⁸¹ 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 idem, p. 26.

⁸² Becerra, Nicolás, op. cit., nota 80, p. 27.

⁸³ Ibidem, pp. 20 y 21.

Entre la que ha sido convertida en derecho positivo, y plasmando distintas vertientes de las soluciones supra referidas en cuanto a las proyecciones de la conflictiva cuestión abordada, pueden computarse, por ejemplo, el Código Penal peruano (de 1991), que en su artículo 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 se halla disminuida se atenuará la pena”;⁸⁴ y el Código Procesal Penal de Paraguay (sancionado y promulgado en 1998), cuyo artículo 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.⁸⁵

Dentro de la normativa proyectada, es dable verificar un antecedente en la Provincia de Neuquén (República Argentina), en

⁸⁴ Sobre el calibre ideológico y el contenido de tal precepto, véase la polémica autoral suscitada entre Francia, Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal”, Derecho, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, núm. 47, 1993, pp. 493 y ss.; y Hurtado Pozo, José, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, Derecho, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, núm. 49, 1995, pp. 157 y ss.

⁸⁵ Texto conforme la edición de Bibliográfica Jurídica Paraguay SRL, Asunción, Paraguay, 1999; transcripto por Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, *op. cit.*, nota 47, p. 246, (texto y nota 37).

cuyo ámbito se redactó ---en el 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 artículo 40⁸⁶ ---bajo el título “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”.⁸⁷ Como sostiene Cesano, el texto proyectado es casi idéntico al del artículo 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 procedural 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 muerte.⁸⁸

7. Por último, y en cuanto a un tema de mayor densidad (en el que el debate referido en las líneas precedentes queda inserto),

⁸⁶ El anteproyecto contiene otra cláusula de interés, aunque con un alcance más amplio que la del artículo 40 al que se alude en el texto. Nos referimos al artículo 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”.

⁸⁷ Para un breve comentario de tal norma, véase Bidart Campos, Germán J., “Derecho penal y derecho consuetudinario indígena”, La Ley, Buenos Aires, 12 de junio de 2000, pp. 1-2.

⁸⁸ En Cesano, José Daniel y Kalinsky, Beatriz, op. cit., nota 47, p. 247.

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 culturales.⁸⁹

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 viables⁹⁰ a diversas cuestiones que plantea el multiculturalismo; en este caso concreto, al problema esbozado en el presente capítulo, una de cuyas trascendentales 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 fundamentales.⁹¹

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

⁸⁹ Cossío, José Ramón, “Constitucionalismo y multiculturalismo”, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fontamara, núm. 12, abril de 2000, p. 89.

⁹⁰ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

⁹¹ Tal como quedó escrito en una de las conclusiones del VII Congreso Iberoamericano..., cit., nota 10; 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 (coord.), *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002. Específicamente, las conclusiones generales relativas a “Los derechos fundamentales y el Estado” se encuentran en las pp. 15 y 16. Las relatorías a cargo de Miguel Carbonell están en las pp. 29-44.

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 diversidad.⁹²

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

1. Planteo del tema

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 la República Argentina, contexto en el que ---como anticipábamos (véase nota a pie de página 50)---, por vía de la multicitada reforma de 1994 (concretamente en el artículo 75, inciso 22, y luego de sentar como principio general que los tratados internacionales y concordatos tienen alcurnia supralegal), se ha atribuido jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos,⁹³ los que ---si bien no se han incorporado a la Constitución--- valen tanto como ésta, es decir, integran el bloque de constitucionalidad. Tales documentos 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 In-

⁹² Binder, Alberto, "Proceso penal y diversidad cultural. El caso de las comunidades indígenas", en varios autores, Justicia Penal y Sociedad. Revista Guatimalteca de Ciencias Penales, Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, año II, núms. 3-4, noviembre de 1993, folleto núm. 156 bis, fasc. 2, p. 28.

⁹³ Además, como principio general (conforme se adelantara en supra nota 50), se ha establecido la prevalencia de los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, sobre las leyes internas.

ternacional 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A ellos se ha añadido la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha adjudicado valor constitucional por medio de la Ley nacional núm. 24.820 (BO 29-05-97).

Más allá de algunas alusiones que, vinculadas con la temática sub discussio, se formulen 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 artículos 1.4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial 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 artículo 75, inciso 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 de noviembre de 1978), en cuyo artículo 20. 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 Língüísticas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992 (Resolución núm. 47-135).

- Las resoluciones 275 (III), del 11 de mayo de 1949, y 2.497 (XXIV), del 28 de octubre de 1969, de la mencionada Asamblea General de la ONU.
- La Resolución 313 (XI), del 24 de julio de 1950, del Consejo Económico y Social de la ONU.
- 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 artículo 4o. 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 propio---.⁹⁴
- 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 de febrero de 1997, en su sesión 1.333a., durante su 95o. periodo de sesiones.

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 nor-

⁹⁴ Un comentario acerca de tal proyecto puede observarse en Aparicio, Marco, op. cit., nota 1, pp. 66-72.

mativo, sobre el particular, lo que produce ---entre otras implicancias--- la adquisición de singular valía de los informes, fallos, opiniones consultivas, etcétera, 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*,⁹⁵ 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 extraordinaria.⁹⁶

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

A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

a. Informe Anual núm. 1.984-85 contra Brasil

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹⁷ acude para fundar sus informes al PIDCP, en los supuestos en que está

⁹⁵ Una referencia al particular puede verse, por ejemplo, en los siguientes trabajos de Bazán, Víctor, “El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, CELS-Universidad de Lanús, Ed. Ad Hoc, año 1, núm. 0, 2001, pp. 175-205; id., “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en varios autores, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001, pp. 97-128; id., “¿Es actualmente sustentable la negativa a conceder a la madre legitimación activa para plantear la acción de impugnación de la paternidad del marido?”, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, núm. 1, 2002, pp. 181-220.

⁹⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

⁹⁷ Sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas y las recomendaciones emitidas,

en juego la preservación de la identidad cultural de los grupos étnicos, como son por ejemplo las comunidades aborígenes.⁹⁸

Así, y en el Informe Anual 1.984-85 contra Brasil, Res. 12-85, Caso 7.615, pp. 31 y 32, 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".⁹⁹

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 ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos"¹⁰⁰ ---en todos los casos, el remarcado nos corresponde---. La comisión concluyó que Brasil¹⁰¹ incurrió en responsabilidad

respectivamente, por la corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, véase Bazán, Víctor, "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 varios autores, *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I, pp. 91-165; id., "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", *Ius et Praxis*, Talca, Chile, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000, pp. 171-225.

⁹⁸ Cfr. Fappiano, Óscar y Loayza Tamayo, Carolina, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —1971 a 1995—*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 162.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ 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 (véase, al respecto, los artículos constitucionales 231 y 232); además, y como garantía añadida, la inaplicación a las tierras indígenas de lo establecido en el artículo 174, incisos 3º. y 4º., 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 inciso 7º. del aludido artículo 231).

por la omisión de adoptar oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami.¹⁰²

Ilustrativamente, recordamos que la base fáctica desencadenante de la cuestión (señalado Caso 7.615, Resolución núm. 12-85, de 10. de octubre de 1985) 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, etcétera. 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 surgió (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 li-

¹⁰² Habitán en torno del Orinoco en los actuales territorios de Venezuela y Brasil, estándose 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, Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, OEA-Ser.L-V-II.97, 1997, p. 109.

bertad y la seguridad (artículo I); de residencia y tránsito (artículo VIII); y a la preservación de la salud y bienestar (artículo 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).¹⁰³ 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.

b. Informe núm. 34-98. Caso 11.610: “Loren Laroye Riebe, Jorge Alberto Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorza”, México, 5 de mayo de 1998¹⁰⁴

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,

¹⁰³ Cfr. “Doctrina y jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Indígenas (1970-1999)”, <http://www.prodiversitas.biocetica.org/doc58.htm>.

¹⁰⁴ OEA-Ser.L-V-II.102, Doc. 6 rev., 16 de abril de 1999, Original: español.

Chiapas: el reverendo Jorge Alberto Barón Guttlein, de nacionalidad argentina; y el reverendo 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 (artículo 50.); libertad personal (artículo 70.); garantías judiciales (artículo 80.); protección de la honra y de la dignidad (artículo 11); libertad de conciencia y de religión (artículo 12); libertad de pensamiento y expresión (artículo 13); reunión (artículo 15); libertad de asociación (artículo 16); propiedad privada (artículo 21); circulación y residencia (artículo 22); igualdad ante la ley (artículo 24); y protección judicial (artículo 25).

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

- Riebe manifestó que el 22 de junio de 1995 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 reverendo Riebe fue llevado al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez.
- Por su parte, el reverendo 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 cubriendole 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 un destino (Tuxtla Gutiérrez), donde éstos le obligaron a desnudarse para que otra persona, tampoco iden-

tificada, le practicara un examen médico. Luego de ello, fue trasladado al aeropuerto de dicha ciudad.

- Por último, Izal Elorza 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.

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 intervenientes 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 de América, 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 artículo 46 de la CADH, lo que así resolvió, disponiendo ---ade-

más--- 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.

c. Informe núm. 31-99. Caso 11.763: “Masacre de Plan de Sánchez”, Guatemala, 11 de marzo de 1999¹⁰⁵

En este caso se denunció la masacre ---producida el 18 de julio de 1982--- de 268 habitantes de Plan de Sánchez, Baja Verapaz, por parte de miembros de las Fuerzas Armadas de Guatemala. Los peticionarios sostuvieron que aquélla 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.

Alegan que el Estado era responsable de los actos de sus agentes que mataron a hombres, mujeres y niños civiles, en violación de los artículos 4o., 5o., 7o., 12, 13, 19, 21 y 24 de la CADH, por no responder con medidas de protección judicial y garantías, en violación de los artículos 8o. y 25, y por no respetar y asegurar los derechos de las víctimas, en violación del artículo 1.1. En particular, los peticionarios 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.

Los denunciantes 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 cues-

¹⁰⁵ Idem.

tión. 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 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 de julio de 1982, 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 llevadas a cabo por el ejército en las zonas rurales de Guatemala en 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, proceder al análisis de sus méritos ---*inter alia*---; 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.

d. Informe núm. 99-99. Caso 11.140: “Mary y Carrie Dann”, Estados Unidos de América, 27 de septiembre de 1999¹⁰⁶

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 2 de abril de 1993, 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 de América 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.
- 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 de América reconocía, conforme a su legislación, que los Western Shoshone son indígenas estadounidenses, y que el gobierno de ese país mantenía una

¹⁰⁶ OEA-Ser.L-V-II.106, Doc. 3, 13 de abril 2000, Original: español.

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 de América 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 de América 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 de América establece que todos los tratados, incluidos los celebrados con indígenas estadounidenses, forman parte de la legislación suprema de los Estados Unidos de América.
- Que las hermanas Dann habían invocado los títulos aboriginales 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 de América, 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 de América 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 de América, pero que nunca lograron impedir esa apropiación, y que, como consecuencia del procedimiento referido, el gobierno de los Estados Unidos de América había venido invadiendo ilegalmente sus tierras, amenazado con confiscar su ganado e inmuebles sin respetar el debido proceso y sin justa indemnización.
- 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 artículo II, derecho de igualdad ante la ley; el artículo XVII, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y los derechos civiles; el artículo XVIII, derecho a un juicio justo; además, sostuvieron que se produjeron violaciones de ciertos artículos de la CADH: 10., 80., 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 9 de septiembre de 1993 y en sus subsiguientes respuestas, sostuvo que el caso era inadmisible (cfr. artículo 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 artículos 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 prolonga-

dos 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 de América.

Manifestaron, además, que con posterioridad al Tratado de Ruby Valley, celebrado con la nación de las Western Shoshone, trató a determinadas tierras como comprendidas dentro de la zona en cuestión como tierras de Estados Unidos de América.

Alegó el Estado que concedió 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 artículos 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 de América; que el 5 de octubre de 1992, 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 inadmisible por imperio de la norma de los seis meses dispuesta en el artículo 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 artículos 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 con el propósito 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.

e. Informe núm. 90-99. Caso 11.713: “Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet ---Riachito---”, Paraguay, 29 de septiembre de 1999¹⁰⁷

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 de marzo de 1998 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.

¹⁰⁷ Idem.

- 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 tendentes 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 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 9 de diciembre de 1993, y como forma de garantizar el procedimiento administrativo para la recuperación de sus tierras ancestrales iniciado ante el 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.
- 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 artículos 8o., 25, 21 y 22 de la CADH y XIII de la DADDH, respectivamente, todo ello en transgresión del deber genérico contemplado en el artículo 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, con el propósito 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, así como también las requeridas en dicho asentamiento.

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 de julio de 1999, 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 CIDH 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.

f. Informe núm. 26-00. Caso 11.821: Aldea de Moiwana, Suriname, 7 de marzo de 2000¹⁰⁸

La denuncia fue presentada el 11 de julio de 1997 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 de julio de 1997 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 artículos 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 artículos 8.1, garantías judiciales; 25.2, derecho a la protección judicial, y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la convención.

En síntesis, decidió declarar admisible el caso en cuanto se refería a presuntas violaciones a los mencionados artículos de la declaración y de la convención; notificar dicha decisión a las partes; continuar con el análisis del fondo; ponerse a disposición de las partes con miras a lograr una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos consagrados en la convención, e invitarlas a pronunciarse sobre tal posibilidad; y publicar la decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

g. Informe núm. 36-00. Caso 11.101: “Masacre ‘Caloto’”, Colombia, 13 de abril de 2000¹⁰⁹

El 16 de diciembre de 1992 la comisión recibió una petición presentada por la Corporación Colectiva de Abogados “José Alvear Restrepo” contra la República de Colombia, en la cual se alegaba la ejecución extrajudicial de Darío Coicué Fernández, Ofelia Tombé Vitonas, Carolina Tombé Ñusque, Adán Mestizo Rivera, Edgar Mestizo Rivera, Eleuterio Dicue Calambas, Mario Julicue Ul (o Mario Julico), Tiberio Dicué Corpus, María Jesús Guetia Pito (o María Jesusa Güeitía), Floresmiro Dicué Mestizo, Mariana Mestizo Corpus, Nicolás Consa Hilamo (o Nicolás Conda), Otoniel Mestizo Dagua (u Otoniel Mestizo Corpus), Feliciano Otela Ocampo (o Feliciano Otela Campo), Calixto Chilgüezo Toconas (o Calixto Chilgüeso), Julio Dagua Quiguanas, José Jairo Secué Canas, Jesús Albeiro Pilcué Pete, Daniel Gugu Pete (o Daniel Pete), Domingo Cáliz Soscué (o Domingo Cáliz Sescué), así como daños a la integridad física de Jairo Llamo Ascué, 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.

¹⁰⁹ Idem.

Alegaron que el 16 de diciembre de 1991 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 (artículo 25) de las víctimas, consagrados en los artículos 4o., 5o., 7o., 8o., 25 y 1.1 de la CADH y en los artículos 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 7 septiembre de 1995, 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.

Así, y partiendo del artículo 29.b de la CADH, dejó en claro que ninguna disposición del tratado puede ser interpretada con el fin 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 Tribales.¹¹⁰ En tal sentido, aludió a las obligaciones establecidas en tal Convenio por los artículos 2o. (desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas o tribales y garantizar el respeto de su integridad)¹¹¹ y 4o. (los Estados parte deben adoptar las medidas especiales que sean necesarias para salvaguardar las

¹¹⁰ Colombia ratificó el Convenio el 7 de agosto de 1991, que entró en vigor el 6 de septiembre de 1991.

¹¹¹ 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.

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 artículo 29.d de la CADH dispone que los derechos protegidos no deben ser interpretados para 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 aborigen.¹¹² 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 tarea.¹¹³

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 núm. 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

¹¹² Carta Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Conferencia de Bogotá de 1948, artículo 38.

¹¹³ CIDH, Resolución sobre la protección especial de los pueblos indígenas, OEA-Ser.L-V-II.29, doc. 38, rev. (1972). Véase, también, el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, aprobado por la comisión durante su 95o. periodo de sesiones, Informe Anual de la CIDH 1996, p. 663. Sobre el tema, es conveniente compulsar la interesante obra coordinada por Ordóñez Cifuentes, José Emilio R., Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas, México, UNAM, 2001.

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 una seria violación del derecho a la protección judicial y a las garantías de imparcialidad del juzgador consagrados en los artículos 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 mencionadas en el primer párrafo del presente comentario y el derecho a la integridad física de Jairo Llamo Ascué, así como el derecho a las garantías y a la protección judicial de todos ellos, según los artículos 5.1 y 20., 80. 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 artículo 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 Llamo 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 esta 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.

B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aludiremos a continuación a dos casos resueltos por la corte, en los que, directa o indirectamente, estaban en juego cuestiones referidas a los derechos de los pueblos indígenas.

a. “Aloeboetoe y otros” contra la República de Suriname

En el presente segmento reseñaremos algunos aspectos de lo resuelto en el caso “Aloeboetoe y otros” contra la República de Suriname, sentencia sobre “Reparaciones” de 10 de septiembre de 1993.¹¹⁴

Sucintamente, cabe recordar que los hechos materia de la denuncia sucedieron el 31 de diciembre de 1987 en Atjoni y Tjontgalangapassi. En Atjoni, más de 20 cimarrones (maroons-bushne-

¹¹⁴ 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 4 de diciembre de 1991— 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.

groes) 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 6 de enero de 1988.

En primer lugar, la corte aclaró que la disposición aplicable a las reparaciones es el artículo 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 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, 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 situada 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. “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 de agosto de 2001.¹¹⁵

El cuadro de situación, presentado de modo sintético y preliminar, marca que el 13 de marzo de 1996 el Estado otorgó una concesión por 30 años a la empresa Sol del Caribe, S. A. (Solcalsa) 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.

Solcalsa fue sancionada mediante Resolución Ministerial núm. 02-97, adoptada por el Ministerio de Ambiente y Recursos Natu-

¹¹⁵ Es del caso reseñar, también, la convergencia de una sentencia anterior de la corte, pronunciada en la misma causa el 10. de febrero de 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.

rales (Marena) el 16 de mayo de 1997, por haber realizado cortes ilegales de árboles “en el sitio de la comunidad de Kukalaya” y por haber ejecutado obras sin el permiso ambiental.

Por su parte, el 27 de febrero de 1997, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la concesión otorgada a Solcalsa, 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 9 de octubre de 1997 el Consejo Regional de la RAAN resolvió: a) Ratificar la disposición administrativa núm. 2-95 de 28 de junio de 1995, 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 Solcalsa; b) suspender el Convenio existente entre el gobierno regional y Solcalsa, suscrito el 28 de abril de 1995; y c) ratificar el Contrato de Manejo y Aprovechamiento Forestal, firmado entre el Ministro del Marena y Solcalsa, el 13 de marzo de 1996.

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 Solcalsa explotara las tierras que por años han pertenecido a la Comunidad Awas Tingni; situación constatada luego por la Corte Interamericana.

Básicamente, 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 (pfo. 137).
- Valiéndose de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, dejó en claro que el artículo 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 (pfo. 148), verbigracia el artículo 50., que cabe interpretar conjuntamente con la Ley núm. 28 (publicada el 30 de octubre de 1987 en la Gaceta núm. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua) que regula el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua (pfo. 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 (pfo. 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 siguiente registro (pfo. 151). De hecho, y como veremos, uno de los pliegos condenatorios contra el Estado (punto 3) consistió en que éste debía adoptar en su derecho interno, y de conformidad con el artículo 2o. 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, pfos. 138 y 164).

Moviéndonos hacia la solución puntual, el tribunal declaró:¹¹⁶

- Que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 *ibidem* (punto resolutivo 1).¹¹⁷
- Que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH, en perjuicio de los miembros de la mencionada comunidad, en conexión con los artículos 1.1 y 2 *ibidem* (punto resolutivo 2).¹¹⁸

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Tal punto resolutivo recibió siete votos contra uno, mereciendo la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

¹¹⁸ Al igual que el anterior, obtuvo siete votos contra uno, recibiendo la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

- Que el Estado debía adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2o. 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).¹¹⁹
- 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).¹²⁰
- Que la sentencia constituye, per se, una forma de reparación para los miembros de la comunidad (punto resolutivo 5).¹²¹
- 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).¹²²

¹¹⁹ Punto resolutivo adoptado por unanimidad.

¹²⁰ Fijado por unanimidad.

¹²¹ Decidido por unanimidad.

¹²² Resuelto por siete votos contra uno, con la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

- 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).¹²³
- 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).¹²⁴

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

Para finalizar este recorrido, y antes de dar paso a las conclusiones, expresaremos que el mencionado comité, concretamente al examinar el segundo informe periódico de la Argentina (E-1990-6-Add. 16) en sus sesiones 33a., 34a., 35a. y 36a., celebradas entre el 17 y el 19 de noviembre de 1999, aprobó el 1o. de diciembre de ese año las observaciones finales,¹²⁵ entre las que se cuenta ---como aspecto positivo--- que “[e]l Comité toma nota con satisfacción del artículo 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”. Ya como muestra de “preocupación”, el Comité señala que le inquietan las seis comunidades mapuches que, pese a que han conseguido que se

¹²³ Fijado, al igual que el anterior, por siete votos contra uno, mereciendo la disidencia del juez Alejandro Montiel Argüello.

¹²⁴ Los puntos resolutivos 8 y 9 fueron determinados por unanimidad.

¹²⁵ Cfr. *Investigaciones*, Buenos Aires, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, año III, 1999, pp. 758-760.

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 núm. 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 ratificación,¹²⁶ la que se cumplió ---como se anunciara--- en julio de 2000.

VI. APRECIACIONES FINALES

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

1. El artículo 75, inciso 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 acompañada por la dimensión sociológica, en la que aquélla alcance eficacia, y por la dikelógica o axiológica, que debe realizar el valor con signo positivo.

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 nacionales.¹²⁷ Además, la partici-

¹²⁶ 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 capítulo 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., *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México, UNAM, 1993, p. 156.

¹²⁷ Cfr. Carrasco, Morita et al., “Estudio comparativo. Proyectos de Declaración Universal y Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, CELS-Universidad de Lanús, Ed. Ad Hoc, año 1, núm. 0, 2001, p. 411.

pación plena de los pueblos indígenas en los procesos de elaboración de las normas que los involucran, debe ser el eje central de estos procesos.¹²⁸

2. La modificación constitucional aplicada, en relación con la problemática indígena, hace que nuestro país entre en sintonía con protecciones normativas similares que, a salvo el diverso calibre 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), ésta 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 estaduales en la trascendente misión de hacer cumplir la preceptiva constitucional.

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 clara fuerza expansiva que exorbita el tópico puntual tratado. Nos referimos a “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” contra Nicaragua, en el que interpretó que el artículo 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.¹²⁹

Lo anterior, no sólo por el valor académico que rezuman los fallos del tribunal con sede en Costa Rica, 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”,¹³⁰ de 7 de abril

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Cfr. citado pfo. 148 de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el fondo de la cuestión.

¹³⁰ Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1995, t. III, pp. 570-573.

de 1995, que la expresión en las condiciones de su vigencia bajo la que adquiere jerarquía constitucional la CADH (cfr. artículo 75, inciso 22, 2o. pfo.), 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. artículos 75 de la CN, 62 y 64 de la CADH y 2 de la Ley nacional núm. 23.054)¹³¹ ---subrayado mío---.¹³²

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 conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, y en particular, tampoco podrá válidamente omitirse la reciente ratificación en sede internacional del Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que ostenta jerarquía supralegal.

Al respecto, es significativo destacar ---mutatis mutandi--- que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tarea de interpretación para determinar el 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

¹³¹ Por medio de la Ley nacional núm. 23.054 (sancionada el 01-03-84 y promulgada el 19-03-84) la República Argentina aprobó la CADH.

¹³² Cfr. considerandos 11 y 5.

o tribales previstas en el Convenio núm. 169 de la OIT, la Carta Americana de Garantías Sociales y la Resolución sobre la “Protección Especial de los Pueblos Indígenas”.¹³³

Naturalmente, no es posible desentenderse de la relevancia de los informes y las recomendaciones¹³⁴ de la comisión, respecto de cuya cotización jurídica —justo es admitirlo— la Corte Suprema argentina ha descrito una trayectoria jurisprudencial ondulante, puesto que —siguiendo los lineamientos sentados en la aludida causa “Giroldi”—, en “Bramajo, Hernán, J.”¹³⁵ 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 mayoría),¹³⁶ aunque luego pareciera haber plasmado un repliegue de la amplia posición primigenia cuando en la causa “Acosta, Claudia B.”¹³⁷ 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, esto no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar

¹³³ Tal como se encargara de dejar expresamente de manifiesto en el aludido Informe número 36-00, Caso 11.101: “Masacre ‘Caloto’”, Colombia, 13 de abril de 2000.

¹³⁴ Sobre la discusión acerca del valor obligatorio de las recomendaciones de la comisión, Albanese y Bidart Campos señalan que la “recomendación” no obligatoria (en los términos de la interpretación que la Corte Interamericana proporcionara al respecto en “Caballero Delgado y Santana”, sentencia de 8 de diciembre de 1995) es aquella emitida por la comisión en función del artículo 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., Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 148 y 154.

¹³⁵ Sentencia del 12 de septiembre de 1996. Véase texto de la misma en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1996, t. IV, pp. 439 y ss.

¹³⁶ La mayoría quedó integrada con Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia conjunta votaron Fayt, Belluscio y Bossert.

¹³⁷ Fallo del 22 de diciembre de 1998. El texto puede ser consultado en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1999, t. II, pp. 346 y ss.

cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial (considerando 13 de la mayoría).¹³⁸ Esta última visión del alto tribunal nacional fue confirmada en “Felicetti, Roberto y otros”,¹³⁹ causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de “La Tablada” (véase considerando 6 de la mayoría)¹⁴⁰ —en todos los casos las cursivas son mías—.

5. Ya desde otro ángulo, sobre los modos de relación entre dos términos fundamentales de la discusión pública de nuestro tiempo: constitucionalismo y multiculturalismo, Cossío 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 culturales.¹⁴¹

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 viables¹⁴² 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 fundamentales.¹⁴³

¹³⁸ La mayoría estuvo compuesta por Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez. Por su voto se expedieron conjunta y concurrentemente Bossert y Boggiano; por su parte, Petracchi lo hizo en disidencia.

¹³⁹ Sentencia del 21 de diciembre de 2000, La Ley, Buenos Aires, 2001-B, pp. 62 y ss. Una referencia al fallo puede verse en Bazán, Víctor, “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”, Revista de Derecho Constitucional, Caracas, Venezuela, Edit. Sherwood, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 15-44.

¹⁴⁰ El detalle de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se expedieron Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias —individuales, si vale la redundancia— de parte de Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert.

¹⁴¹ Cossío, José Ramón, “Constitucionalismo...”, cit., nota 89.

¹⁴² Kymlicka, Will, op. cit., nota 90.

¹⁴³ De conformidad con lo que consta en una de las conclusiones de la Mesa 1 del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, véase supra nota 91.

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 aborigen. No se trata de renegar del *ius puniendi* del Estado; antes bien, el problema circula por la necesidad de aplicar funcionalmente dicha potestad, tomando en consideración las particularidades 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 Neuquén.¹⁴⁴

En orden a propiciar una equilibrada interacción de las variables citadas, 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 operativizar el *ius puniendi* que titulariza el Estado. Esto, 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, por el otro, que quede erosionada la potestad estatal, permitiendo burlar el deber represivo frente a la comisión de una

¹⁴⁴ 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 artículo 76 bis del Código Penal. Véase Becerra, Nicolás, op. cit., nota 80, pp. 34-36. En el anexo de su obra, el autor transcribe dos proyectos de ley en el sentido apuntado: uno, modificando el mencionado artículo 76 bis del Código Penal, incluyendo a su texto como último párrafo, el siguiente: “Si el imputado es miembro de una comunidad indígena y solicitar la suspensión del juicio a prueba, su solicitud obligará al juez a aceptarla”. Id., op. cit., nota 80, p. 39. El restante, acordando competencia a la justicia federal para conflictos judiciales en los cuales estén involucrados miembros de las comunidades indígenas. Id., op. cit., nota 80, p. 41.

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 según la cual 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 privilegio.¹⁴⁵

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 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), para evitar la doble punición.¹⁴⁶ Subsidiariamente, propone la posibilidad de 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 misma.¹⁴⁷

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

¹⁴⁵ Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional...*, cit., nota 56.

¹⁴⁶ García Vitor, Enrique, *op. cit.*, nota 72.

¹⁴⁷ Véase *idem*.

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 mismos.¹⁴⁸

6. En cuanto al sensible tema acerca 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 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 humanos.¹⁴⁹

Se ha agregado que, siguiendo el precedente de los artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos 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 comunes.¹⁵⁰

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 comunidad.¹⁵¹

148 Becerra, Nicolás, *op. cit.*, nota 80, p. 9.

149 Véase nota 103.

150 *Idem*.

151 *Idem*.

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 a donde el número de personas lo justifica.¹⁵² 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, 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 diferentes.¹⁵³

7. Se ha enseñado que en la actualidad sobreviven en nuestro territorio argentino las siguientes comunidades: los mapuches, en Neuquén, Río Negro y Chubut; los wichis, en Salta, Formosa y Jujuy; los chulupí, 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 cainguá, 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 supervivientes.¹⁵⁴

¹⁵² Kymlicka, Will, *op. cit.*, nota 90, p. 72.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

¹⁵⁴ Situación de los indios en la República Argentina, Buenos Aires, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, julio de 1986, p. 11; aludido por Rosatti, Horacio D., *op. cit.*, nota 65, p. 195.

Por esto (y por ellos)¹⁵⁵ 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 humanos.¹⁵⁶

Ojalá que el artículo 75, inciso 17, de la CN sea mucho más que una mera cláusula simbólica y liricamente reivindicativa. Útil materia prima para activar una provechosa vinculación con dicha norma viene ofrecida por el inciso 19 del mencionado artículo 75, *ibidem*, 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, su integración sin abdicar de los valores e identidad propios, y la profundización de su autoafirmación comunitaria.

Esperemos así sea, para que la problemática aborigen no sólo se recuerde 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 humanos’.¹⁵⁷ La importancia de la cuestión exige

¹⁵⁵ Nos referimos a los verdaderos indígenas. Es que, como con hondo realismo se ha subrayado, “la reivindicación de una etnicidad apócrifa por parte de gente que tiene sólo una semejanza somática con los indígenas, lo que implicaría cuando más un remanente genérico, y/o el relicto onomástico que aparece, a veces, en los apellidos, no puede sino perjudicar la justa causa de los verdaderos indígenas que terminan siendo el isla marginado de la marginalidad” (énfasis del original). Altabe, Ricardo et al., *op. cit.* nota 63, p. 1206.

¹⁵⁶ Caso ‘Godínez Cruz’, sentencia del 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie ‘C’: Resoluciones y Sentencias, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte, pfo. 176, p. 72.

¹⁵⁷ La Ley nacional núm. 25.502 (sancionada el 07-11-2001, promulgada de hecho el 29-11-2001 y publicada el 05-12-2001), instituyó —por medio de su artículo 10.— 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.

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.¹⁵⁸

¹⁵⁸ 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”, Santiago de Compostela, 13 de septiembre de 1989, aludida por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Prólogo”, en Cançado Trindade, Antônio A., *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 11 y 12.