

UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
DOCTORADO EN CIENCIAS SOCIALES

EL PUEBLO WICHI. UNA MIRADA DESDE LA JUSTICIA SALTEÑA
"Tesis para aspirar al Grado de Doctor en Ciencias Sociales"

DOCTORANDO: GABRIELA GUARDO

DIRECTOR: JUAN PABLO FERREIRO

SAN SALVADOR DE JUJUY, DICIEMBRE DE 2020

El pueblo wichi. Una mirada desde la justicia salteña

Agradecimientos

Agradecer a Ojelio Cañizales de la comunidad Las Avispas, a Dora Fernández del Lote 75 de Embarcación y a Arsenio Torrez de la Comunidad El Carpintero por su participación.

A mi Director de Tesis Juan Pablo Ferreiro por su paciencia, comprender mis inquietudes y por brindarme su apoyo incondicional ante todas las vicisitudes. Por hacerme saber que a veces, los cambios obligados, suceden para mejor.

A Laura Álvarez Chamale por su colaboración con las testimoniales de Ojelio, Arsenio y Dora, que me ayudaron a darle todo el sentido a esta tesis.

Simplemente gracias.

INDICE

Introducción	7
Estado de la Cuestión	10
Metodología	13
Objetivos	15
Objetivos específicos	16
CAPITULO 1 EL PUEBLO WICHI.....	17
1.1 Los Wichi.....	18
1.2 Ser y sentirse wichi	19
1.3 Escenario geográfico. La tierra. La naturaleza	29
1.4 La mujer wichi	32
1.5 Mundo Espiritual. Cosmovisión. Las misiones religiosas	34
1.6 Su desplazamiento.....	38
1.7 Relaciones amorosas. Relaciones parentales.....	41
1.8 Mitos.....	46
1.9 Organización social-legal	49
1.10 El homicidio	52
1.11 Reflexión. Mi mirada.....	53
CAPITULO 2 LOS DERECHOS.....	63
2.1 Derechos Fundamentales	64
2.2 Fundamentación de los Derechos Fundamentales	65
2.3 Historia de los Derechos Humanos	68
2.4 Generaciones de Derechos humanos	74
2.5 Los derechos fundamentales en Argentina	78
2.6 Por los Derechos Humanos a los Derechos Indígenas	82
2.7 Derechos de los Pueblos Originarios. Su evolución.....	85

2.8	Constitucionalismo: ¿primer reconocimiento?	86
2.9	Constitución Nacional. Interpretación del Artículo 75 Inc. 17.	89
2.9.1	<i>Ubicación del artículo de reconocimiento</i>	89
2.9.2	<i>“Preexistencia”</i>	89
2.9.3	<i>“Cultura”</i>	91
2.9.4	<i>“Etnicidad”</i>	92
2.9.5	<i>“Pueblos indígenas argentinos”</i>	93
2.9.6	<i>“Comunidad”</i>	94
2.9.7	<i>“La tierra”- Su territorialidad</i>	95
2.9.8	<i>“Personería jurídica”</i>	96
2.10	El surgimiento de los reconocimientos normativos internacionales	97
2.11	Tipos de Constituciones. Sus reformas. Ciclos.	100
2.12	Comparación constitucional en el reconocimiento de los pueblos indígenas	113
2.13	El marco legal en Argentina, a lo largo de la historia	115
2.14	Marco legal en la provincia de Salta	120
2.15	¿Acceso a justicia o acceso a la justicia?	123
2.16	Antecedentes de la Defensa Pública	131
2.17	Reforma constitucional: consolidación de la defensa pública	135
2.18	Reflexión. Mi mirada	136
CAPITULO 3 LA JUSTICIA		140
3.1	Hermenéutica jurídica. Interpretación	141
3.2	De la interpretación a la argumentación jurídica. Principios y Reglas	144
3.3	Clases de Interpretaciones	148
3.4	Jurisprudencia Nacional y Provincial	150
3.5	Tutela judicial. La interpretación de la propiedad comunitaria.COMUNIDAD INDIGENA EBEN EZER C/PROVINCIA DE SALTA	153

3.6 La vinculación de la participación, la lengua y la identidad cultural de las comunidades indígenas. COMUNIDAD INDIGENA EBEN EZER C/PROVINCIA DE SALTA.....	157
3.7 La Personería Jurídica. Tutela judicial. COMUNIDAD DE SAN JOSÉ - CHUSTAJ LHOKWE - COMUNIDAD DE CUCHUY VS. PROVINCIA DE SALTA – AMPARO	161
3.8 La tutela judicial efectiva y los derechos socio ambientales. COMUNIDAD INDÍGENA HOKTEK T’OI PUEBLO WICHI C/SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE S/AMPARO – RECURSO DE APELACIÓN.....	166
3.9 La vinculación de costumbre ancestral y la identidad cultural. C/ RUIZ JOSE FABIAN – RECURSO DE CASACION.....	168
3.10 Repercusiones por la costumbre ancestral	174
3.11 La vinculación de la tierra y el medioambiente. SALAS DINO Y OTROS C/PROVINCIA DE SALTA Y ESTADO NACIONAL-AMPARO.....	178
3.12 El derecho a la tierra, al medio ambiente sano, la consulta popular COMUNIDADES ABORIGENES LHAKA HONHAT C/ PROVINCIA DE SALTA	183
3.13 Reflexión. Mi mirada.....	194
CAPITULO 4 EL PUEBLO WICHI, DERECHOS, JUSTICIA	198
4.1 Recapitulando. Las respuestas a las preguntas iniciales	199
4.2 ¿Cuál es el alcance del reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas?.....	199
4.3 ¿Los ddhh ejercen supremacía sobre cualquier otra ley?.....	201
4.4 Pautas jurisprudenciales en materia de derechos humanos y pueblos indígenas en el Sistema Interamericano	203
4.5 Pautas y Contraste de jurisprudencia nacional	210
4.6 El Estado Argentino Pluricultural. ¿Una realidad todavía por construir? ...	215
4.7 Hermenéutica y diálogo intercultural	216

4.7.1 <i>El derecho a la igualdad-el derecho a la diferencia</i>	217
4.8 ¿Es posible una justicia intercultural en un Estado pluricultural?	218
4.9 De la interculturalidad a la Interlegalidad	219
4.9.1 <i>El desafío de su implementación ¿Cómo ponemos en práctica este diálogo?</i>	221
4.10 Adecuación de la Normativa Nacional a los Estándares Internacionales	223
4.11 Las reivindicaciones territoriales. Propiedad comunitaria.....	225
4.12 Fundamentos Teóricos para la promoción de un Protocolo	229
4.13 Fundamentos teóricos para la creación de la Defensoría Pública Indígena	236
4.13.1 <i>Mediación Intercultural</i>	245
4.14 La mirada periodística	247
Publicación del diario “El Tribuno” 9 de Febrero 2020. Mi hermano wichi... ..	248
5. CONCLUSIONES. Mirada final.....	252
6. BIBLIOGRAFIA.....	259

El pueblo wichi. Una mirada desde la justicia salteña

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo tratar las implicancias que acarrearón el reconocimiento político y jurídico argentino de los pueblos indígenas introducido en la última reforma constitucional¹. Teniendo en cuenta que simultáneamente se confirió jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, trataré de analizar la nueva concepción jurídica e integración del Estado Argentino ante el mencionado reconocimiento y las nuevas pautas de relación que se generaron. El análisis de casos judiciales wichi y su acceso a la justicia (o su obstaculización) plantea tensiones en el derecho a la identidad cultural de los pueblos originarios y los derechos humanos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la problemática queda en el tapete y el Poder Judicial es el último custodio de todos los derechos. La búsqueda de la efectividad de los derechos humanos en la justicia hace necesario indagar la manera por la cual los jueces conciben y aplican las normas de derechos humanos y se reconoce, respeta e integra a las comunidades indígenas en nuestro país según el plexo normativo vigente. Esto nos permite explorar la problemática de globalización de los DDHH y encontrar el significado político y legal concreto tanto a la noción de DDHH, como al surgimiento de autonomías internas del estado.

Si bien la temática presenta un abanico inmenso de reflexiones, para su tratamiento eficiente me voy a abocar solamente a indagar la manera por la cual los jueces conciben y aplican las normas de derechos humanos y cómo se reconoce y respeta a las comunidades indígenas en nuestro país.²

¹La última reforma de la Constitución de la Nación Argentina de 1994 fue una importante modificación de la carta magna argentina, que modernizó y definió su texto. Entre otros cambios, introdujo derechos y garantías, normas para defensa de la democracia y la constitucionalidad, las características de los órganos de gobierno, y nuevos órganos de control. La Convención Constituyente se celebró en las ciudades de Santa Fe (sede tradicional de las convenciones constituyentes) y de Paraná (primera capital de la Confederación).

² Hago mías las palabras de Juan Linares en su Prólogo escrito en 1943 del libro ·Razonabilidad de las Leyes.... “La imposibilidad de darle a este trabajo una extensión excesiva, ha sido en realidad la principal

Los ejes sobre los que se desarrolla y estructura este trabajo son tres: los derechos fundamentales, la tradición cultural de los pueblos indígenas y el análisis de fallos judiciales relacionados con la comunidad aborigen wichí de la provincia de Salta. El problema se despliega a través de algunas preguntas claves que articulan el recorrido de la pesquisa: ¿Cuál es el alcance del reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas? ¿Qué entendemos por acceso a justicia? ¿En qué casos los derechos humanos ponen en tensión una determinada costumbre? ¿Existe una tensión entre Relativismo cultural vs universalismo de los ddhh? ¿Los ddhh ejercen supremacía sobre cualquier otra ley? ¿Cómo compatibilizamos el bloque de garantías constitucionales con los derechos de los pueblos indígenas? Y al analizar fallos jurisprudenciales me pregunto ¿cómo es el comportamiento del derecho y la justicia en nuestro país, particularmente en Salta?

Las reflexiones que surgieron fueron plasmadas en cuatro capítulos temáticos relativamente autónomos pero imbricados entre sí, y atravesados por la percepción que tienen los propios protagonistas de este trabajo: los wichi.

En el capítulo primero descubro al pueblo wichi en toda su dimensión para conocer su forma de vida, sirve de introducción a todo el desarrollo del trabajo. Convencida en que no hay neutralidad en cómo se concibe la realidad, resulta necesario contar con la mirada de sus propios protagonistas. El mundo wichi es particularmente rico en sus relatos que son transmitidos oralmente y conforman su visión del mundo, de su comportamiento, donde la naturaleza y los seres humanos se entrecruzan y se enlazan en un entramado íntimo que establece pautas en la convivencia grupal e individual. Este es el punto de partida dentro del cual deben suscitarse las discusiones.

En el segundo capítulo efectúo un análisis de los Derechos Humanos, su naturaleza, fundamentos, su concepción e interpretación constitucional. En este capítulo es preciso hacer una breve referencia al marco contextual en el que se desarrollaron y como se han encarado sucesivamente la cuestión de los Derechos

razón de no haber considerados esos otros aspectos; pues la presentación de una tesis doctoral no es coyuntura apropiada para elaborar un tratado.”

Fundamentales en nuestro país. Asimismo los aspectos concernientes al reconocimiento, alcance y efectivo goce de los más elementales derechos de los pueblos originarios, constituyen materias de interesantes debates y análisis. La reforma de la Constitución nacional del año 1994, con la sanción del artículo 75, inciso 17 que incorporó los derechos de los pueblos indígenas, estableció un significativo avance en la política de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación Argentina.

La interpretación jurídica en sí misma es la indagación del significado de los textos normativo; en este capítulo se desarrolla la comprensión del ejercicio que busca interpretar el máximo estatuto político de una comunidad: la Constitución, que reformada incorporó automáticamente once instrumentos internacionales de derechos humanos, denominado “bloque de constitucionalidad federal”.

La historia de los derechos fundamentales y de los Estados constitucionales reporta dos momentos: el primero es la incorporación y reconocimiento de las declaraciones de derechos, y el segundo el de la aplicación judicial de los mismos. Es por eso que el tercer capítulo busca retomar desde el interior de la disciplina jurídica la reflexión y análisis de fallos que involucra a la comunidad wichi dentro de la jurisdicción de la provincia de Salta. Se centra en indagar prácticas jurídicas respecto de las comunidades wichi como así también el estudio normativo de la aplicación del derecho, desde el análisis de fallos jurisprudenciales.

El cuarto y último capítulo arriba a las respuestas que se han presentado y obligan a comentar un conjunto de situaciones y a replantear las preguntas respecto a la situación jurídico-legal, con el objeto de hacer efectivo su reconocimiento. Las decisiones judiciales pueden ser controvertidas porque continuamos en un período de reflexión que permite revisar la efectiva aplicación de derechos fundamentales. Acá surge el concepto de interlegalidad como una proposición de superación en consonancia con los derechos humanos y los derechos reconocidos a los grupos culturales y para justificar la necesidad de elaborar una propuesta que coadyuve al acceso de justicia.

Estado de la Cuestión

Desde 1948 que se realizó la declaración Universal de los Derechos Humanos, como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y como intento de sentar las bases del nuevo orden internacional que surgía tras el armisticio, se ha intentado generar mecanismos para que los derechos humanos sean acogidos, asimilados, reconocidos e implantados en las diferentes sociedades para lograr así una cultura basada en el respeto y la afirmación de los derechos de la persona. En nuestro país la incorporación de los derechos humanos a la Constitución Nacional fue producto del proceso histórico que atravesó la sociedad argentina democrática y la consecuente adecuación con las normas de la comunidad internacional, teniendo como base la supremacía del ser humano y de su tutela como centro del ordenamiento jurídico.

La declaración de derechos de las constituciones latinoamericanas de siglos pasados, que invocaban la revalorización de los derechos humanos influenciados por el pensamiento liberal francés, no tuvieron relación con la vida real de las poblaciones indígenas que vivían al margen del sistema jurídico. “Los indios, para el poder, estaban fuera de la política, fuera del Estado, fuera de la república, fuera del presente y de la historia”.³ Los indios simplemente no existían. Estaban invisibilizados.

El constitucionalismo occidental nacido del modelo teórico del liberalismo fue evolucionando a lo largo de la historia. Esta es la matriz jurídico-ideológica de nuestra jurisprudencia nacional, junto a los resabios del viejo derecho de Indias. El constitucionalismo postula que el Estado debe ser un Estado de Derecho, un Estado que limita el poder de los gobernantes por medio de normas jurídicas, garantizando la soberanía del pueblo y respetando la dignidad humana. En dicho contexto, la integración de la dimensión indígena argentina a la perspectiva de los DDHH o derechos fundamentales, fue y continúa siendo conflictiva.

Los derechos colectivos de los pueblos originarios se encuentran incorporados en nuestras discusiones políticas y jurídicas, en diversos grados según la situación;

³Dávalos, Pablo en Pueblos indígenas, estado y democracia

más claramente a partir de las reformas de las Constituciones Latinoamericanas a finales de la década de los 80, principios de los 90.

En nuestro país se produjo una génesis inversa en la estructuración del orden jurídico específico sobre el tratamiento de la legislación con respecto a los indígenas. Primero surgieron leyes provinciales, luego la ley nacional y finalmente se ha incorporado todo este abanico legislativo a nuestra Carta Magna a través del art. 75 inc. 17

“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”

Dicho reconocimiento implica más que una pronunciación de reparación formal a una negación histórica. Por cierto, involucra el reconocimiento a una forma de vida en comunidad que precedió a la existencia del estado nacional y se inserta en una perspectiva que intenta integrar un enfoque multicultural, con repercusiones en el ámbito de la identidad cultural, el patrimonio y ordenamiento territorial y la gestión de recursos naturales para la satisfacción de necesidades básicas.⁴

Martínez Sarasola (2011) sostiene que durante décadas se negó la condición de pobladores anteriores al Estado nacional y la invisibilización de sus culturas. Este investigador explica acabadamente la situación de los indígenas en nuestro país y

⁴ Reforzando ello, y reconociendo que los pueblos indígenas y tribales resultan materia expuesta de discriminaciones de distinto orden, el primer principio general y fundamental del Convenio N° 169 de la OIT es la no discriminación. El artículo 3 del Convenio determina que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación

el cambio que empieza a revertirse en los años 80, en sintonía con los cambios políticos producidos en toda América Latina.⁵

Los aspectos concernientes al reconocimiento, alcance y efectivo goce de los derechos de los pueblos originarios, y de sus implicancias, constituyen materias de interesantes investigaciones en países latinoamericanos y de un debate todavía inconcluso en nuestro país.

Sobre el reconocimiento de derechos y la tensión que se genera entre los ddhh y la idiosincrasia indígena, es posible discernir diferentes perspectivas de pensamiento. María del Rosario Guerra González⁶ (2007), especialista en temas de ética, justicia y derechos humanos, plantea la defensa de los derechos de la persona y de su autonomía como agente moral. Considera que los derechos humanos son conquistas éticas para defenderse dentro de sociedades liberales y ante culturas tradicionales y el Estado tiene que proteger a las culturas minoritarias mediante medidas especiales, pero no puede favorecer las minorías en cuyo interior no existen las igualdades básicas o derechos fundamentales.

Por su parte, Rita Laura Segato (2003) sostiene "... así como los derechos de los pueblos (o grupos étnicos) se encuentran en tensión con los derechos de la nación en su soberanía y en su unidad, los derechos humanos de las mujeres son percibidos desde la perspectiva de la moral tradicional y del sistema de status como encontrándose en contradicción y tensión irresoluble con los derechos étnicos del pueblo, en su unidad y soberanía, casi siempre emblemáticos en la figura de un derecho masculino, guerrero y territorial."⁷

Otro de los polos temáticos es el acceso a la justicia, este derecho fundamental es considerado, el derecho humano bisagra, ya que es la puerta de entrada para el reclamo y reivindicación de los demás derechos. El derecho de acceso a la justicia está reconocido en la Declaración Universal sobre DDHH art. 3, art. 11.1 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14 b y d.

⁵ Martínez Sarasola; Carlos. Nuestros paisanos los indios Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina, coordinado por Tomas Lambré, edición literaria a cargo de Carlos Santos Sáez, 1° ed., 1° reimp. Buenos Aires, Del Nuevo Extremo

⁶ Doctora en Filosofía. Investigadora de la Universidad Autónoma de México

⁷ Segato, Rita Laura. Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.

Justicia y diversidad en tiempos de globalización es el eje central en el que convergen distintos autores⁸, los cuales comparten el interés general de analizar y comprender la problemática actual de los pueblos indígenas en su búsqueda por defender sus derechos históricos y valorar sus identidades étnicas en el contexto de su relación con los Estados⁹.

La bibliografía con relación al pueblo wichi es escasa. Catalina Buliubasich en sus trabajos¹⁰ plantea la situación de los pueblos indígenas que habitan la provincia de Salta brindando un panorama contextual de la política indígena Argentina. Por otra parte, Rodrigo Montani (2017) en su libro *El mundo de las cosas entre los wichí del Gran Chaco. Un estudio etnolingüístico*; describe la comunidad wichi a través de los artefactos, y la forma en la que esos artefactos son clasificados dentro de la cultura y, al mismo tiempo, establece las diversas relaciones posibles entre los wichi.

Metodología

Para efectos de esta investigación centrada en el análisis de la incorporación constitucional del reconocimiento de los pueblos indígenas en la Argentina; los antagonismos que se plantean y las consecuencias jurídicas que esto genera, aplico la hermenéutica jurídica, la cual parte de la premisa de interpretación, que permite entender el dato representativo (las normas, leyes) con la realidad a la cual se debe aplicar ese mandato imperativo (los hechos, cada hecho). Al analizar un grupo socio-cultural diferente como es el pueblo wichi, a fin de comprender su idiosincrasia, aplico la teoría hermenéutica de Gadamer (1977) que sostiene que

⁸ Jameson Frederic y Masao Mryosh, (1998); García Canclini, (1999) Boaventura de Souza Santos (1998) Sally Engle Merry, (1998); Starr y Collier, (1989); María Teresa Sierra y Victoria Chenaut, (2002)

⁹ Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala y México.

¹⁰ Buliubasich Catalina, *La política indígena en Salta. Límites, contexto etnopolítico y luchas recientes*. 2012; *Los Pueblos Indígenas de la Provincia de Salta - La posesión y el dominio de sus tierras* Departamento San Martín 2006.

el desarrollo de comprender nos lleva a la interpretación y a la construcción.¹¹ Los lineamientos hermenéuticos filosóficos desarrollados por Gadamer se basan en la comprensión a través del diálogo intercultural donde se produce la fusión de horizontes.

La técnica utilizada es la interpretación. La interpretación es un proceso complejo: es la base de la comprensión y la aplicación. Esta interpretación será una "actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas"¹². Lo que trataré a través de este método es analizar las argumentaciones esbozadas en y por la justicia. Vigo (1999) sostiene: "La interpretación de la ley será un esfuerzo metódico de la razón práctica en el nivel prudencial a los fines de determinar en ciertas circunstancias y a partir de su texto y demás elementos del ordenamiento jurídico, el suyo de alguien, dando las razones y argumentos que permitan respaldar y fundar la conclusión a la que se arribó"¹³.

El análisis hermenéutico nos revela que una de las dificultades más significativas que debe superar el paradigma de los Derechos Fundamentales es el relativo al encuentro dialéctico entre relativismo cultural y universalidad de los derechos humanos. Esta tensión genera antagonismos de posturas legítimas y la necesidad de entablar diálogos entre culturas. Un diálogo intercultural como lo señala Gadamer.

Por otra parte al contar con el testimonio de informantes claves se utilizó la entrevista en profundidad a partir de preguntas estructuradas, con guía de temas y la opción de focalizar en tópicos de interés y repreguntar.

La entrevista con preguntas estructuras se eligió para recolectar información de la comunidad wichi en la medida en que tiene un carácter conversacional, pues no oprime a las personas participantes y genera un ámbito coloquial que facilita la comunicación entre quienes interactúan; así lo estiman Bonilla y Rodríguez

¹¹ Gadamer, Hans., "Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica", Salamanca, Sígueme, 1977; 12ª reimpr. 2012. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

¹² Betti, Emilio. La interpretación de la ley y de los actos jurídicos.(Trad.y prólogo de José Luis de los Mozos) (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975)

¹³ Vigo, R. "La interpretación jurídica", Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires

(2000). Estos autores consideran que es el instrumento más idóneo cuando se han identificado informantes o personas, especialmente por la experiencia que tienen (en este caso hubo un condicionante más, los informantes tenían que hablar fluidamente el idioma español), pues son conocedores de la situación y de su entorno, lo cual indica que sus opiniones son representativas del conocimiento cultural compartido con el grupo en cuestión¹⁴.

La entrevista estuvo compuesta por 13 preguntas, todas ellas apuntando a entender el significado simbólico y material de sus relaciones, derechos, obligaciones y valores que son transmitidos en forma oral.

Objetivos

En el marco de este trabajo lo que me propongo es analizar y reflexionar sobre los derechos humanos, los derechos de la cultura indígena, y el acceso a justicia a partir del análisis de fallos de la jurisdicción salteña.

La mirada se concentrará en el acceso a la justicia de la comunidad wichi de la provincia de Salta y sus implicancias. Describir la comunidad wichí permitirá conocer su forma de vida y la relación que tienen con la norma, sus costumbres, su visión del reconocimiento estatal. A la vez establecer qué situaciones serían violatorias a los derechos humanos y determinar el alcance y legalidad del derecho consuetudinario en la Argentina; el efectivo respeto a los derechos humanos, y la aplicación del Derecho positivo en casos judicializados. Específicamente al tratar casos judiciales con la comunidad wichi, debo referirme a sus relaciones y los modos de entender sus vínculos personales y con la naturaleza.

En este marco se explorará también el conflicto resultante de la superposición de DDHH y los límites culturales a determinadas prácticas sociales y su relación con

¹⁴ Bonilla, E., Rodríguez, P. Manejo de datos cualitativos. In B. E & P. Rodríguez (Eds.), Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales (pp. 243- 310). Bogotá, Universidad de los Andes: Grupo Editorial Norma

la justicia. Partiendo de la base que gracias a los derechos humanos se reconoce la costumbre y la diversidad cultural y el acceso a justicia, resulta paradójico que los derechos humanos resulten el límite a una determinada costumbre, según la interpretación judicial.

Casos judiciales wichi y su reclamo ante la justicia, pusieron en debate ético jurídico el tema de los límites de la tolerancia de una sociedad mayoritaria frente a costumbres diferentes (frente a lo simplemente diferente).

Objetivos específicos

Al plantearme: ¿Cuál es el significado del reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos? ¿A quiénes identificamos como pueblos indígenas? ¿Que entendemos por cultura indígena? ¿Argentina es un país multicultural, pluricultural, plurinacional?

Globalmente: ¿Los ddhh ejercen supremacía sobre cualquier otra ley? ¿Cómo compatibilizamos el bloque de garantías constitucionales con los derechos de los pueblos indígenas?

Puntualmente: ¿Cuál es la relación Estado-Pueblo Wichi con respecto a sus costumbres y tradiciones?

En este sentido ¿cómo es el comportamiento del derecho y la justicia en nuestro país, particularmente en la provincia de Salta?

Surge específicamente lo siguiente:

-Establecer, reconocer/identificar las relaciones, patrones y rasgos, costumbres vigentes en la sociedad wichi.

-Identificar y determinar el alcance de los DDHH y del reconocimiento de los pueblos indígenas

-Analizar la aplicación de la normativa legal a la comunidad wichi de Salta.

-Dilucidar cuáles son los campos de tensión entre las concepciones indígenas y la aplicación del respeto a los derechos humanos

CAPITULO 1

EL PUEBLO WICHI

“Ser wichi es ser un indio pobre, olvidado.” (Ojelio Cañizales – comunidad Las Avispas – Santa Victoria Este, 25 de abril 2019)

1.1 Los Wichi

Al decidir mi tema de tesis, tuve la oportunidad de leer “La noche anterior había llovido” escrita por Julio Augusto Pietrafaccia (2013), novela que resultó atrapante y decisoria para mi trabajo.

La experiencia de Pietrafaccia en un relato novelado, tal como lo describen Héctor Rodríguez y Catalina Buliubasich¹⁵, a través de un personaje ficticio –Ema-, pudo concentrar y condensar una multitud de situaciones concretas y testimonios de la vida wichí.

El entusiasmo por la lectura de una novela basada en la vivencia y experiencia de su escritor, me permitió sumergirme en el mundo wichí y estimuló la búsqueda empírica para tratar de realizar una descripción histórica a través de una relación armónica entre narratividad e historia, constatada a su vez por informantes claves. La lectura abre así las posibilidades de percepción al permitir aislar sus elementos y, por lo tanto, analizarlos.

En el presente capítulo conoceremos el mundo wichi que describe Pietrafaccia, quien trabajó como médico rural y compartió la vida cotidiana de las comunidades de los lotes fiscales 55 y 14 de la provincia de Salta.

“Hubo un tiempo en que mi vida y la de mi familia transcurrieron en medio del monte, al lado del río y pude presenciar sucesos, pude escuchar historias. Conseguí libros y aprendí algo más. Ahora escribo una historia que pone un poco de cada cosa. Lo que vi, lo que escuché, lo que aprendí”¹⁶.

Entre los reiterados reclamos del pueblo wichi hacia la sociedad argentina está la demanda que se valore su lengua con toda la riqueza cultural que a través de ella se expresa. Por esta razón considero pertinente (un deber ineludible) en consonancia con el objetivo de este trabajo citar literalmente una serie de textos producidos por alumnos, docentes y miembros del pueblo wichi, que recopilan

¹⁵ Docentes e investigadores del CEPIHA-CIUNSa Universidad Nacional de Salta en la Nota a la Edición Homenaje en la novela La noche anterior había llovido

¹⁶ La noche anterior había llovido. Pág. 26.

testimonios históricos y relatos contados por los ancianos de la comunidad, leyendas, cantos y cuentos. Muchos de ellos tanto en castellano como en la lengua wichi.¹⁷

1.2 Ser y sentirse wichi

*“El espíritu de cada wichí estaba forjado en la paciencia, en la espera y en la sabiduría. Un wichí despreciaba la violencia y el descontrol. Lo violento era lo que aún no había llegado a ser humano. Ser wichí era ser manso, tranquilo; violento era lo que se manifestaba como no humano, no wichí”.*¹⁸

Wichi representa a “los humanos”, su sentido es mucho más amplio: es todo aquel ente que favorece la vida.

Ahot (ahat) es “lo otro”, una nebulosa de lo dañino, lo malo. El concepto wichí engloba la naturaleza.¹⁹

“Ser wichi es ser hijo del monte y del río, los dueños naturales pero no reconocidos de la tierra. Nuestros ancestros habitaban aquí antes de la conquista de Colón y por eso nos pertenece, pero no nos respetan ese derecho.”(Arsenio Torrez de la Comunidad wichi El Carpintero Sta. Victoria Este, comunicación personal, 10 de abril 2019)

La afirmación primordial de los wichí, es que ellos pertenecen desde tiempos inmemoriales a la tierra y al territorio donde viven. No tienen dudas de haber habitado desde siempre el territorio.

¹⁷ Textos recopilados en: Con nuestra voz creamos. Coordinador de la Modalidad de Educación Intercultural Bilingüe Osvaldo Cipolloni. Escritos plurilingües de docentes, alumnos, miembros de pueblos originarios y hablantes de lenguas indígenas. - 1a ed. edición multilingüe. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ministerio de Educación de la Nación, 2015

¹⁸ La noche anterior había llovido. Pág. 39

¹⁹ Rodríguez Mir, Javier. Los wichí en las fronteras de la civilización: capitalismo, violencia y shamanismo en el Chaco Argentino. Una aproximación etnográfica. Ed. Abya-Yala.2006

No existe actualmente una cifra absoluta de la cantidad de wichí que habitan en la Argentina. Se encuentran en la provincia del Chaco en los departamentos de General Güemes, El Sauzalito y Nueva Pompeya; en la provincia de Formosa distribuidos en los departamentos de Bermejo, Matacos, Patiño y Ramón Lista y en la provincia de Salta en los departamentos de San Martín, Rivadavia, Orán, Metán y Anta. Otros grupos viven en los departamentos de San Pedro, Santa Bárbara y Ledesma en la provincia de Jujuy. La Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) 2004-2005, complementaria del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001 arroja como resultado que se reconocieron y/o descienden en primera generación del pueblo wichí 40.036 personas en Argentina, de las cuales 36.149 vivían en las provincias de Chaco, Salta y Formosa, y 3887 en el resto del país. El Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001 en Argentina reveló la existencia de 50 419 wichí en todo el país, de los cuales 19.819 vivían en la provincia de Salta, 14.472 en la de Formosa, 5.586 en los 24 partidos del Gran Buenos Aires, 4629 en la provincia del Chaco y 172 en la de La Rioja.

Es decir que básicamente se concentran en la parte del Chaco central y parte del meridional. El nombre de “chaco” en quechua significa área de caza o país de cacería.

Para Jan Ake Alvarsson (1999) el grupo de matacos que habita el norte se llaman weehayek wikyi, (pueblo diferente). Hace referencia que en la Argentina la mayoría de los grupos matacos se llaman “wichi” con el significado de “pueblo”²⁰

“Ser wichi es ser originario, ser los dueños de la tierra y ser pobres también. Somos un problema porque somos los dueños y no tenemos nada...” (Dora Fernández – Lote 75 – Embarcación, comunicación personal, 12 de abril 2019)

Entre los wichi predomina una concepción pesimista. Esto lo explica Guadalupe Barua (2009) “la separación del mundo de sus antepasados provoca una profunda melancolía que se arrastra a un presente que se trata de sobrellevar mediante un

²⁰ Alvarsson Jan Ake. Conflictos y Guerras entre los Weehayek (mataco-noctenes) Mito, guerra y venganza entre los wichis

atiborrado conjunto de reglas que nunca alcanzan para contrarrestar la insatisfacción de una existencia percibida como condenada”.²¹

Los wichi forman parte de la familia lingüística mataco-mataguaya. Las dos lenguas más estrechamente emparentadas de la familia mataguaya son el wichí y el chorote, que comparten un 50% del vocabulario básico y un 33% de vocabulario común con el nivaclé. Comparten el área geográfica y una unidad basada en la misma estructura familiar económica y social. El wichí es una lengua originalmente ágrafa, es decir que no desarrolló un sistema propio de escritura. En los últimos tiempos se han desarrollado formas de escribirlo. Las distintas misiones cristianas con el afán de evangelizar tradujeron la biblia al wichi. A raíz de la gran variedad de alfabetos que se generaron, en 1998, en distintos talleres representantes wichi consensuaron un solo alfabeto para que fuera difundido entre todas las escuelas del país en forma unificada.²²

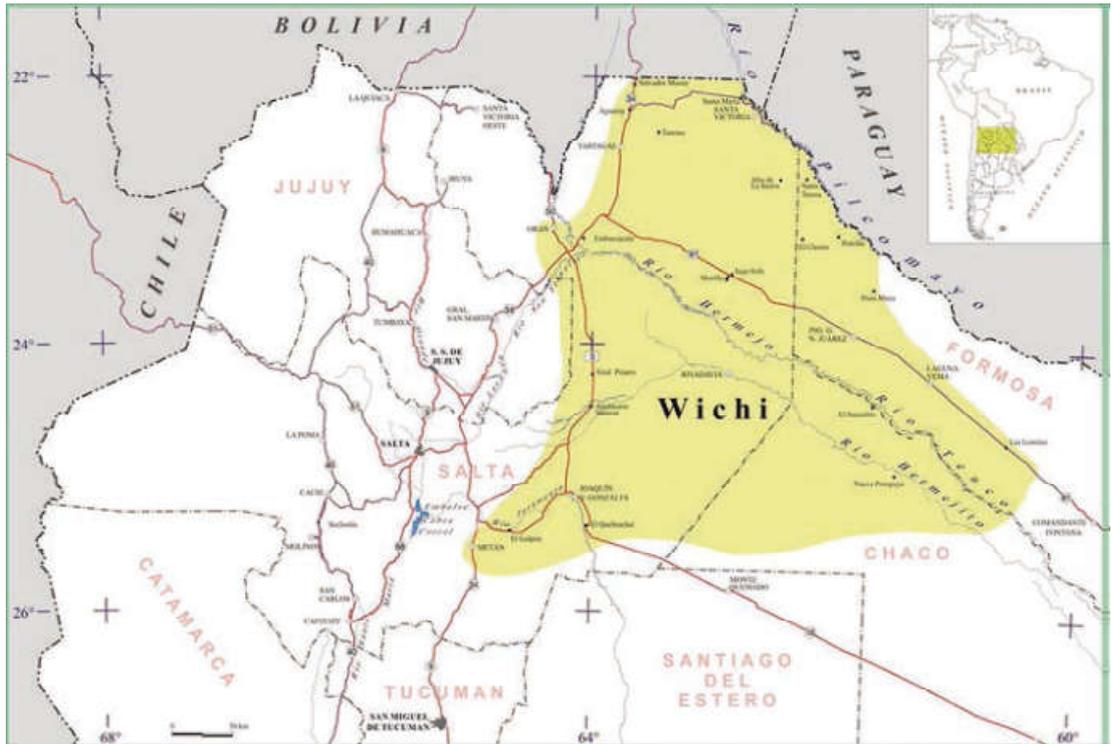
Según datos del Indec el 81,7 % de la comunidad wichi tiene como lengua materna su idioma indígena. El 85% de los wichi mayores de cinco años reconoce comprender y hablar la lengua indígena. El 60,2 % vive en zonas rurales. Comparativamente es la población indígena que mas habitantes consolida en zona rural.

“... las comunidades wichi son un montón, cada una tiene un cacique, algunas tienen hasta tres caciques.”²³

²¹Barua Guadalupe, La nostalgia wichi como un estado del alma wichi. *Revista Española de Antropología Americana* 2009 vol. 39, núm. 2, 209-227

²² Documento Base para la discusión de estrategias de Cooperación con los pueblos indígenas del Chaco Argentino. Volumen 2. Descripción de la realidad regional. Equipo Redactor “Malafeos”. En el Gran Chaco, septiembre 2000.

²³ La noche anterior había llovido pag. 39



Mapa con distribución del pueblo wichí en el territorio argentino. Fuente: Enrique López, en: Consejo Wichí Lhämtes 2012

La personería jurídica genera controversia en la misma comunidad. Esto se desprende de entender que la persona que gestionó y obtuvo la personería jurídica es la que tiene “la autoridad y poder”. Es la persona que puede obtener algún beneficio ante los distintos organismos estatales y no necesariamente representa a toda la comunidad.

“No se puede saber bien cuantas comunidades hay porque todos los días se puede crear una nueva, si se pelean los caciques hoy, ya se puede estar formando una nueva comunidad. Pero son muchísimas en el chaco salteño”. (Arsenio Torrez – 2019)

Efectivamente existen muchas comunidades conformadas que no tienen personería jurídica y no están registradas. Tal es el caso de la Comunidad Las Avispas, a la cual pertenece Ojelio Cañizales; que junto con Dora Fernández y

Arsenio Torrez compartieron sus historias y testimonios que reflejan el pensamiento y sentir de los wichí en este trabajo.



Comunidad Las Avispas

Según informe del Registro de Comunidades Indígenas dependiente del Ministerio de Asuntos Indígenas y Desarrollo Social, las comunidades wichi registradas en la provincia de Salta son 157; esto significa que estas comunidades tienen personería jurídica.

DEPARTAMENTO	MUNICIPIO	NOMBRE DE LA COMUNIDAD
GRAL. SAN MARTIN	AGUARAY	COMUNIDAD LA LOMA AGUARAY
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	MISION CHAQUEÑA EL ALGARROBAL - MISION CHAQUEÑA
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD WICHI LOTE 75
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD MISION LA GOLONDRINA y LA PALOMA
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD NECHEHEN - NUEVA GENERACION
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN MISION SALIM ETNIA WICHI
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	MISION WICHI LA LOMA DE EMBARCACION
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COM. ABORIGEN HAPPE SIWOKJUAS EL CARPINTERO- DRAGONES
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI DE CHIROLA - DRAGONES
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN LA MEDIA LUNA - DRAGONES
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI EL CRISTO ARRIBA
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN EL TRAFICO
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD INDIGENA - B° EL TANQUE
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD INDIGENA WICHI HONAT LE'LES (HIJOS DE LA TIERRA)
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN ALGARROBITO - DRAGONES
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COM. ABORIGEN MISION SAN IGNACIO RUTA 81 HICKMANN
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI PARAJE LA FORTUNA- DRAGONES
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD INDIGENA WICHI - SAN JUAN
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	LAPACHO BLANCO - WICHI
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COM. WICHI SAN IGNACIO DE LOYOLA - HICKMAN
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN MISION LA CORZUELA
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	MISION SALIM WICHI LEWETES - RUTA 53 - KM 27
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD HOKTEK - LAPACHOS
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD MISION WICHI LAS LLANAS
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN LAS LLANAS II - PUEBLO WICHI
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD EL CARBONCITO
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ARBOL SOLO- HIKMAN
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	COMUNIDAD ABORIGEN B° EVA PERON ETNIA WICHI
GRAL. SAN MARTIN	EMBARCACION	ASOCIACION ABORIGEN MISION FRANCISCANA
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD ABORIGEN EL QUEBRACHAL II
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD ABORIGEN GUAYACAN
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD INDIGENA TRES LAPACHOS-BALLIVIAN

GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD INDIGENA PASTOR SENILLOSA
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	MISION ABORIGEN EL QUEBRACHAL
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD INDIGENA POZO FUERTE – CORRALITO
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD WICHI SAN JOSE - CHUSTAJ LHOKWE
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD TIERRAS INDIGENAS HAP HONAHATIL TA WICHI LEWETES
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD INDIGENA EL CHAGUARAL
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	COMUNIDAD WICHI ASAMBLEA CRISTIANA YUCHAN
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL BALLIVIAN	EL CHAÑAR LETSENUK-WICHI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD WICHI MISION TOLABA
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	MISION VILLA SAGRADA DE CORONEL CORNEJO
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN LA ESPERANZA- CORONEL CORNEJO
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN TERRITORIO PINJUET WICHI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN MISION FEDERICO PEREZ
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	LEVED LUGAR WICHI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	TERRITORIO INDIGENA GENERAL MOSCONI TRES PARAISOS
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN NUEVA ESPERANZA- MOSCONI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN SAN VICENTE
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	MISION CEVILAR
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN MISION EL TUSCAL – MOSCONI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD TASIL ETNIA WICHI- MOSCONI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN HAYUK WUJ LOS MISTOLES
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN MISION URUNDEL – MOSCONI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD ABORIGEN LA QUEBRADITA
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD EL LAPACHO PUEBLO WICHI
GRAL. SAN MARTIN	GENERAL MOSCONI	COMUNIDAD WICHI HUP WUMEK ZOPOTA- RUTA N° 135
GRAL. SAN MARTIN	SALVADOR MAZZA	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI MONTE SINAI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD SACHAPERA ETNIA WICHI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	MISION ABORIGEN PACARA WICHI THACA HONAT
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN MISION Km 6
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	ASAMBLEA DEL PUEBLO WICHI- TONONO
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	MISION EL ALBARROBO- COMUNIDAD GRUPO ETNICO WICHI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COM. INDIGENA WICHI DEL Km 6 LOS HORNOS TATSI

GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN EL SIWOG KM 4
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN LA MORA
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN EL PARAISO - TONONO
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN SACHAPERAS 2
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN ARENALES (WICHI HOLOTAS)
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN MONTE VEO-CEMBOYO - EL CUERVO QUEMADO
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD WI'YE T'OSEY - LAPACHO II
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD LA CURVA DEL TALAR
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN EL CEBILAR
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD CACIQUE CAMBAI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	MISION WICHI SOPFWAYUK - CASPI ZAPALLO
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	MISION WICHI HALA PELAJ - SAN BENITO
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN MISION KM 18
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD PABLO SECRETARIO
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD MISION WICHI CHOWAYUK
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD MISION WICHI TETSUK TAKWAS- MORA 2
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD WICHI KM 5 L FWOLIT
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN NUEVA ESPERANZA- TARTAGAL
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD INDIGENA 12 DE OCTUBRE
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD EL TRASLADO - ETNIA WICHI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN EL LUCERO - ETNIA WICHI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN EL LAPACHAL - WICHI
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD ABORIGEN IMAK THANEKILA - EL PORVENIR
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COM. LAPACHO III ÑACAHUASU - TIERRA DE NOSOTROS
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD WICHI EL MISTOL AHAYUCK
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD WICHI LOTE "B" INATEK TUSCAL - KM 6 RUTA 86
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD FRANCISCA SARMIENTO LAFWETTSIL - RAICES
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD INDIGENA MISION CACIQUE LOIRA
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COM. NHONIH HAYAJ - LA ESPERANZA - Km. 16 R. NAC. 86
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD CACIQUE CAMBAI II
GRAL. SAN MARTIN	TARTAGAL	COMUNIDAD LOS NARANJOS
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COM. WICHI LEWETES KAYIP - CAPITAN PAGES

RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD WICHI LEWETES KALEHI- LOS BALDES
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	WICHI LEWETES MISION SAN PATRICIO
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI LEWETES- LOS BLANCOS
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD WICHI LAHCO PLUMA DE PATO
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD WICHI LE WET LA REPRESA
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI LEWÉTÉS LA CORTADA
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD LE´WETES LETSENKWAT POZO EL CHAÑAR
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD WICHI LEWETES WAYAYUK-CAPITAN PAGES
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	ASOCIACION SIWOC FISCAL 21
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI - CACIQUE KATAN
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COM. MISION LA NUEVA ESPERANZA- R. BANDA NORTE
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA NORTE	COMUNIDAD MISION LA BOMBA
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN SANTA ROSA 51 - SANTA ROSA
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN RIVADAVIA WICHI
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COM. TEWUK THLIP - WICHI LEWETES MISION SAN FELIPE
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN LA UNION
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI EL COCAL
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN DE MISION LA PURISIMA
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI DE SANTA ROSA
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD WICHI EL CHAÑARAL - BAÑADERO NOT WET
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN EL SOL NACIENTE
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN MISION MUNICIPAL WICHI WETES TSEMTTLOKAT- R. BANDA SUD
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD ABORIGEN LA ESPERANZA- R. BANDA SUD
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD BARRIO EL MATADERO- LA UNION
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD WICHI EL BREALITO
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD EL CARPINTERO (SHIWUK)
RIVADAVIA	RIVADAVIA BANDA SUR	COMUNIDAD EL TEUQUITO (TEWUK´LHOS)
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD LA ESPERANZA ETNIA WICHI
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD MISION LA PAZ WICHI
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN SANTA VICTORIA 2

RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN POZO EL TORO
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI POZO LA CHINA
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN MONTE VERDE
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN EL CAÑAVERAL II
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN EBENESER
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI LANTAWOS - ALTO LA SIERRA
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN MISION ALGARROBAL - LA PUNTANA
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN MISION SAN LUIS
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COM. ABORIGEN WICHI AL PU -
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN INHATE- ALTO LA SIERRA
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD MISION RANCHO EL ÑATO
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN SOP A KWENI - REPRESA DE LAS VIVORAS
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN MOLATHATI 3
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN BELLA VISTA
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN LA PUNTANA I
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN MADRE ESPERANZA
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD ABORIGEN MISION KM 2
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD MISION BETEL HONHAT TA ISI LEWET
RIVADAVIA	SANTA VICTORIA ESTE	COMUNIDAD (HOT) LOS ARENALES
ORAN	PICHANAL	COMUNIDAD ABORIGEN ETNIA WICHI PICHANAL
ORAN	PICHANAL	COMUNIDAD WICHI EL ALGARROBAL
ANTA	GENERAL PIZARRO	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI EBEN - EZER - GENERAL PIZARRO
ANTA	GENERAL PIZARRO	COM. WICHI ENACORE - MANANTIAL DEL QUE CLAMA- L. BURELA
ANTA	APOLINARIO SARAVIA	COMUNIDAD ABORIGEN MISION WICHI EMANUEL - DIOS CON NOSOTROS
ANTA	APOLINARIO SARAVIA	COM. ABORIGEN WICHI IHI LEW'ET - APOLINARIO SARAVIA
ANTA	APOLINARIO SARAVIA	MISION WICHI LOS PALOS SANTOS
ANTA	EL QUEBRACHAL	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI EL QUEBRACHAL
ANTA	EL QUEBRACHAL	MISION ABORIGEN WICHI ISIDRO MORENO
METAN	METAN	COMUNIDAD ABORIGEN WICHI DE METAN
METAN	EL GALPON	COMUNIDAD ABORIGEN SAMUEL CANALEJA ²⁴

²⁴ Informe proporcionado por Registro de Comunidades Indígenas dependiente del Ministerio de Asuntos Indígenas y Desarrollo Social de la Provincia de Salta-2019

1.3 Escenario geográfico. La tierra. La naturaleza

El pueblo wichí, con la identidad cultural que lo caracterizaría, se configuró a partir de unos 1000 años antes del presente. Antes de la llegada de los españoles, ocupaban las tierras ubicadas al sur del Bermejo.²⁵ En un mapa de fines del siglo XVIII del franciscano Santiago de León, aparecen al norte del Bermejo.²⁶

La vida material del pueblo wichí estuvo organizada desde sus orígenes, en torno a la caza, la pesca y la recolección de frutos silvestres. Animales, plantas, seres humanos y espíritus se entrecruzan e interaccionan y conforman una estrecha relación.

“Las mujeres contaban historias, sobre todo las katelalis, las ancianas que narraban sobre un mundo muy viejo. Siempre verde. Siempre plano. Siempre mundo verde y plano, una memoria que decía que ellos, la gente, venían de lejos, caminando a lo largo de los ríos. Así era su memoria, así fue su deambular por los meandros del tiempo desde que salieron de algún lugar de las grandes selvas del continente del sur. Desde esas grandes selvas y desde ríos poderosos vagaron durante milenios hasta establecerse en las planicies definitivas del Chaco. Allí permanecieron....no quietos, sino en movimiento permanente para llegar a los sitios de recolección, de caza y de pesca.”²⁷

“....Habitaban un inmenso país plano.....() Sin fronteras ni banderas, y con una población libre y andariega. No formaban un mismo pueblo. Algunos tenían afinidad, como los chorote, los chulupi y los wichí, que compartían el territorio desde hacía mucho tiempo. Otros eran distintos, como los toba, que venían desde el este....() Pobladores del país desde hacía milenios, nunca dominados, nunca esclavos. Los inca los conocieron, pero no los sojuzgaron. El nombre del país se lo dieron ellos, los inca. Ese

²⁵ Carta escrita por Astrada Domingo dirigida al Ministro de Agricultura en Diciembre de 1902. Citado por Buliubasich, Catalina; Rodríguez, Héctor E. La noción de trabajo en la construcción de la identidad: indígenas y criollos en el Pilcomayo salteño Cuadernos de Antropología Social, núm. 16, 2002, pp. 185-209 Universidad de Buenos Aires, Argentina

²⁶ Montani Rodrigo Combres Isabelle, Etnominia wichi: cien hipótesis para mil un nombres. Revista Andina 56. La gestación de un programa político para la nación indiana (1645-1697) Cuzco Peru 2018

²⁷ La noche anterior había llovido Pág. 36

era el Chaco. Territorio de caza....() Pero poco a poco retrocedieron hacia el norte y hacia el oeste cuando el conquistador se fue adueñando de las tierras”²⁸

“...sabían de otros hombres. Demasiado sabían de los chorote. Hombres bajos, fornidos, con mujeres de rostros pintados con sombras circulares. Hombres que hablaban otro idioma pero que compartían el mismo monte y el mismo río. Vivían en lo profundo del monte, en lo más tupido y cerrado, en la orilla norte.”²⁹

La relación entre los wichi y la tierra es de pertenencia. La tierra y la naturaleza conforman el mundo wichi. La posesión de la tierra permite preservar la identidad cultural, los valores, sus tradiciones. La importancia que tiene la tierra es que representa el derecho a que perdure su cultura.

Es importante resaltar el hecho que se trasladaban durante el año de un lugar a otro, pero siempre dentro de un área determinada, es decir que tenían una residencia fluctuante y cíclica, que no era exactamente igual en todas las zonas ya que dependía de las condiciones ambientales y de los recursos naturales tanto del monte como del río.

“La tierra es lo que nos robaron los blancos. Nos confinan cerca de los ríos para que nos inundemos en verano y nos tengamos que trasladar dejando lo poco que tenemos. Ya no nos ayuda el río a alimentarnos y tampoco el monte, como pasaba con los abuelos, ellos vivían bien del río y el monte, pero ahora está todo alambrado para que nosotros no entremos”. (Ojelio Cañizales –2019)



Ojelio Cañizales

²⁸ Idem Pág. 37

²⁹ Idem Pág. 42

Guadalupe Barua (2007)³⁰ coincide en describir la percepción del territorio actual como un ente indomable, agresivo, muchas veces mezquino a diferencia de un territorio amigable en épocas pasadas.

“La tierra es lo más importante. Para vivir, para comer. Para mí la tierra es el monte, pero ya casi no hay monte, se lo agarraron todo y no hay árboles para sacar para comer.” (Dora Fernández- 2019)

De sus propios relatos se desprende la idea de una fuerte vinculación entre el monte y la vida, tanto cultural como espiritual. Todo gira en torno al monte, monte que desde siempre fue su territorio y es una fuente directa de alimentos, desde plantas, frutos y raíces, hasta la fauna nativa que allí vive y existe gracias a él. Acabar con el monte, es acabar con la cultura, y con toda forma de vida wichi. La pérdida o el empobrecimiento de sus tierras en todas sus narraciones, es el principal motivo de su debilitamiento.

“Nosotros los wichi seguimos siendo pescadores y recolectores en los poco que nos dejan para hacerlo. El resto del tiempo nos morimos de hambre porque en eso se basa nuestra cultura, en recolectar y pescar. De generación en generación seguimos buscando por el monte las plantas que curan según nuestros ancestros, son muchas y muy buenas”. (Arsenio Torrez – 2019)

El monte fue concebido como una fuente directa de medicina por su gran variedad de plantas nativas que son utilizadas para uso curativo por las mismas comunidades en forma ancestral.



Arsenio Torrez

³⁰ Barua Guadalupe; Un arte delicado. Relaciones entre el parentesco, el conflicto y el acontecimiento entre los wichí del Chaco Central, Dunken, Buenos Aires.

1.4 La mujer wichi

Es necesario hacer referencia a la mujer, ya que ocupa un rol central en cuanto a la memoria grupal. La mujer no tiene una naturaleza malvada sino que tiene rasgos humanos y no humanos por eso el hombre la ubica en rol de portadora de conflictos.

Es muy importante la presencia de la mujer en los mitos. En este ámbito las mujeres son criaturas foráneas y peligrosas que requieren una especie de pacto que las habilite a convivir con el resto de los seres terrestres.³¹

Barua (2009) encara el contraste simbólico entre la procedencia terrestre de los hombres y el origen celestial de las mujeres – que constituye sin dudas la fuente del poder femenino, pero también de su ambigüedad.³²

“La mujer wichi cuida los hijos, hace artesanías con cosas que encuentra en el monte. Pero ya no hay casi monte. Después alimentamos también a los hijos” (Dora Fernández- 2019)



Dora Fernández

³¹ Barúa Guadalupe. La nostalgia wichi como un estado del alma. Revista Española de Antropología Americana vol. 39 num 2 . 209-227 , 2009

³² Idem

El tejido y la alfarería son elementos clave en la organización social, siendo las mujeres las encargadas de estas tareas.

Rodrigo Montani (2017) describe como las mujeres wichi tejen muchas formas textiles y modelan algunos cacharros que son distribuidos y usados en el escenario interétnico del Chaco centro-occidental. Enlazar bolsos, tejer fajas, cintos o morrales y modelar cacharros constituye en el escenario micro-regional una actividad exclusivamente de mujeres wichi desde la recolección de los frutos. En su investigación explora cómo esta parcela de la cultura material wichi se relaciona con la definición de categorías étnicas. Los wichí, antes que “un” pueblo, son en realidad una red de grupos vinculados por el idioma y el parentesco, un *continuum* sociológico, cultural y lingüístico no exento de fracturas y dislocaciones, donde la mujer cumple un rol fundamental.³³

“La mujer wichi es el centro de la familia, pero no se debe meter en algunos asuntos porque el hombre no se debe meter en los asuntos de la mujer. Cada uno tiene sus funciones.” (Arsenio Torrez – 2019)



Mujer wichi de Comunidad El Carpintero

³³ Montani Rodrigo El mundo de las cosas entre los wichís del Gran Chaco. Un estudio etnolingüístico.

1.5 Mundo Espiritual. Cosmovisión. Las misiones religiosas

La comunidad wichi posee un amplio y rico repertorio de leyendas, mitos y narraciones del origen del mundo, del origen de los hombres, del río y los animales.

Según los antiguos aborígenes wichí, Tokwaj es un viejito que hace picardías, y se puede transformar en un animal, una planta o cualquier otra cosa ante una amenaza para su vida. “Tokjwaj reúne lo considerado ‘lo peor’ de lo wichi: egocentrismo, exceso, imposibilidad de reprimirse y ‘lo mejor’ de la alteridad ahat: el poder de la intención, el daño relativo (...) dador de algunos bienes que compensan los males provocados”³⁴

*“...Sabia también que el río era capaz de tomar a todo el monte. Al río lo respetaban y aceptaban lo que el río decidiera. Como lo había hecho su gente desde el mundo era mundo y desde que Tokwaj, el pícaro, había clavado la flecha en el gran pez, el dorado que nadaba dentro del yuchán. Así eran las cosas, desde hacía mucho tiempo; así lo contaban su abuela y los otros ancianos”.*³⁵

*“...Los wichí decidieron que Tokwaj a veces se convertía en un perro flaco que deambulaba por las aldeas.”*³⁶

La figura de Tokjuaj o Tokwaj es una especie de duende, protector del monte y del río que puede convertirse en un chajá³⁷, en águila escudada o un perro. Se enoja cuando las personas hacen daño o se portan mal. Puede morir pero tiene el poder de resucitar cuando llueve o después de tres días.

Buenaventura Terán (1999) lo describe como una figura central en la mitología wichí ya que los hombres siguen creyendo en los castigos que sufrirán si se comportan mal con la naturaleza. Aparte se le atribuye la creación del río Pilcomayo y la enseñanza de las técnicas de pesca, este héroe actuaba para

³⁴ Dasso María Cristina Afrenta, Equilibrio del control y descontrol en la existencia wichi, en Mito, guerra y venganza entre los Wichí. Coordinador Mario Califano. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura. 1999

³⁵ La noche anterior había llovido. Pág. 36

³⁶ Idem Pág. 41

³⁷ Ave zancuda

realizar los diseños del Dueño de las aguas, ser superior ordenador del universo.³⁸

“...El monte había producido una señal. En realidad, el mundo ahat se había manifestado por una criatura propia. Por lo tanto, correspondía que interviniera alguien capaz de relacionarse con lo ahat, y ese era el chamán. Y justamente esa cualidad, su capacidad de diálogo con dos mundos-uno de los cuales era él de los espíritus.....Había un mundo que correspondía a los hombres, a lo realmente humano, lo wichí, y había un mundo paralelo que correspondía a lo no humano, lo que no era de los hombres verdaderos sino de los espíritus, lo ahat.”³⁹

El chamán (shaman) es aquel que logra entrar en la dimensión del espíritu y las divinidades, es el que media entre el mundo ahat y lo humano, cura enfermedades, interpreta y transmite revelaciones. El shamanismo, precisamente, puede concebirse según la habilidad que tienen ciertos individuos de cruzar deliberadamente las barreras corporales y adoptar la perspectiva de subjetividades de otras especies.⁴⁰

Actualmente, en muchos casos, es el encargado de la relación con los criollos.

“....El mundo que se constituía adentro de la aldea wichí poco a poco se fue haciendo realidad en la conciencia de Ema. En sus recorridas ya sabía ir desde las oficinas a las viviendas de los gringos, de allí a la iglesia....alrededor de cada lugar se movían hombres y mujeres nuevos, blancos pero no amenazantes como los criollos. Los podía escuchar mientras hablaban un lenguaje desconocido, aunque poco a poco comenzaron a utilizar el idioma castellano.”⁴¹

³⁸ Teran, Buenaventura El ciclo de Tokjuaj y otros mitos de los wichi

³⁹ La noche anterior había llovido. Pág. 79

⁴⁰ Fernando Lynch El espíritu del jatáj. Una lectura perspectivista de la psicoactividad del cebil en el shamanismo wichí. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Misiones, Posadas. 2008

⁴¹ La noche anterior había llovido Pág. 63

“.....También creció la complejidad de la vida. Aparecieron dos nuevos lugares que llamaban a reunirse en torno a ellos: el almacén y el templo.”⁴²

“El Dios de la señorita Ana no era el Dios del monte...”⁴³

“...Vacunar a los últimos requirió de la ayuda de todos los adultos disponibles.....()... Ese día fue difícil...siguieron largos parlamentos, tratando de hacer comprender el porqué de las vacunas.... “⁴⁴

“...Han invadido las islas, en el sur, Ana. Somos sus enemigos. Nos va a venir a buscar la Gendarmería y nos van a meter presos. Hay que irse ya, nos vamos todos, ninguno se puede quedar.....”⁴⁵

A partir de 1940 un grupo de pastores anglicanos, que habían traducido la Biblia al wichí se instalaron en la zona. Su labor entre la religiosidad evangélica y la cosmología chamánica se centró en la progresiva promoción de pastores aborígenes y en una política defensiva de las comunidades frente a los criollos y las instituciones del Estado nacional. Como consecuencia tanto de las dificultades económicas que enfrentaba la iglesia anglicana en Inglaterra y la persecución que sufrieron los misioneros ingleses durante la guerra de Malvinas en 1982, los pastores anglicanos abandonaron el país y la misión entro en decadencia.

Un cambio fundamental comenzó a operarse en el universo simbólico de los wichí con la llegada de las iglesias norteamericanas. Actualmente la práctica evangélica lleva a los wichí a negar los mitos de origen de su cultura y estos son reemplazados por las narraciones de la Biblia. Se produce una especie de fusión entre los ritos shamanicos y evangélicos.

Históricamente franciscanos, anglicanos y evangelistas los protegieron a costa de hacerles abandonar sus vestimentas, danzas y canciones tradicionales. Obviamente han producido una gran modificación al introducir el concepto de Dios. Sin embargo esta “intromisión” no ha podido modificar integralmente la cosmovisión del mundo wichí y su comprensión del mundo. No se anularon muchas creencias. Todavía hay hombres y mujeres chamanes (hiyawu o hiyawe)

⁴² Ídem Pág. 66

⁴³ Ídem Pág. 69

⁴⁴ Ídem Pág. 73

⁴⁵ Ídem Pág. 91

que buscan comunicarse con estos diversos seres con la intención de descubrir las causas de las desgracias que los atormenta.⁴⁶

No se puede negar que la aculturación religiosa cumplió un papel clave en el ataque a la identidad del pueblo wichí.

“Reseña de la comunidad de La Loma Aguaray (Salta)

Hace mucho tiempo mis antepasados vivían en Aguaray y otros en Angostura, Palo Apique, Murukullar y La Pantalla. Todos dispersos hasta que en el año 1974 los visitó un sacerdote de la Iglesia Católica, el padre Celso Testa. Al ver que estaban muy alejados de la localidad de Aguaray, les preguntó si querían vivir cerca del pueblo y algunos aceptaban, otros no querían dejar el lugar. Entonces, el padre Celso buscó tierras fiscales, pero los vecinos aceptaron trasladarse a un lugar, que es donde viven actualmente, pero tiene dueño: el señor Chagras. El padre pudo ubicarlo y le pidió permiso para que la gente viva. Pasó un tiempo y el señor Chagras donó en forma verbal esa parcela. Después fueron llegando más familias wichí de todos lados a vivir en la comunidad de La Loma. Actualmente existen 84 familias, 75 wichí, 5 chane y 4 criollos, cuenta con personería jurídica (N° 0022), un cacique, presidente y demás miembros del Centro Comunitario. La comunidad cuenta con una escuela primaria donde asisten chicos wichí de la comunidad de La Loma (Aguaray).

Chem'anhej p'ante lhaw'et

Ta pajche p'ante häp lhächättilis law'et p'ante M'awo Lhati , iyhäj wichí itiyej Kwet'oy hate Isetaje. Matche ta tosehen, paj p'ante Päle ta lhey Celso Testa , Isiyakhe wet hiw'en ta tek is , matche te tofwe lhiptso. Ch'atsenpe che wichí ikalhi yikch'oye law'etes. Iyhäj iwoye wet iyhäj tek iwoye che yiken, tsi ifweype law'et. Iche iyhäj ta ikalhi ta päle icháj hapta ihoye ihoye iyhäjfwas ta pajche ihi m'awo lhati. Päle t'uke hap hin'o ta lhey Chagras wet ch'atshane is chik hiw'enho lhip lakahonhät wichí hapte pajche ihi, wet hin'otso iwoye ifwenho lhipaj ta wichí law'et . Atana wuj n'ayhäj ta ihi mat che 84 n'ow'etes 5 suwele wet 4 ahätay . Olhamelh ow'en mat hap

⁴⁶ Califano, M., y Dasso, M. C. (ed.). El chamán wichí. Buenos Aires. 1999

personería jurídica N° 0022 lhay'e niyat .Cacique,presidente lhay'e lach'otfwas. Ow'en hap ochufwenhyajw'et hapta n'atses lhaychufwanhen"⁴⁷



Comunidad La Loma

1.6 Su desplazamiento

“No hay inclusión. A nosotros no nos aceptan como somos, no nos integran. Estamos en problemas con la sociedad porque no encajamos y nos tendríamos que adaptar nosotros para incluirnos, pero eso sería dejar de ser wichis.” (Ojelio Cañizales –2019)

Los wichí fueron considerados como mano de obra barata y útil. La mayoría eran empleados en la zafra o en la cosecha con salarios muy bajos.

Anteriormente fueron víctimas de la conquista militar del Chaco, “había que someter por la razón o por la fuerza a los salvajes que destruyen la principal riqueza e impiden ocupar definitivamente en nombre de la ley y del progreso los territorios más fértiles de la República” ⁴⁸

⁴⁷ Leonardo López Docente Auxiliar en Cultura y Lengua Aborigen Escuela 4770 Comunidad La Loma Aguaray Provincia de Salta. Revisado y ampliado por José Rodríguez en Con nuestra voz creamos : Escritos plurilingües de docentes, alumnos, miembros de pueblos originarios y hablantes de lenguas indígenas. - 1a ed. edición multilingüe. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ministerio de Educación de la Nación, 2015.

⁴⁸ Fundamentos vertidos por el Gral. Roca invocados en el anteproyecto de la Ley 947 sancionada en 1878. La primera expedición militar al Chaco Central y Austral se realizó en 1870 y en 1917 se concluyó con la conquista del territorio.

“...los animales de los blancos poco a poco cambiaron su paisaje....”⁴⁹

“...los blancos venían desde el sur, quizá desde otras planicies...”⁵⁰

“...el criollo ocupó el monte. Trajo el ganado, trajo el trabajo, trajo la explotación y el abuso junto al racismo....()....el monte dejó de ser el lugar de los wichí. Ahora el monte era el lugar de las vacas...”⁵¹

“...En la misión la vida trazaba círculos, como siempre. Hombres y mujeres buscaban sobrevivir con trabajos. En pleno invierno, con los chicos ya en la escuela pública que se había creado, llegaban los contratistas a buscarlos para la “poroteada”. Y se iban. Hombres, mujeres y chicos. La misión se despoblaba casi toda. ...Pero los empujaban la necesidad y su espíritu de andariegos incansables.”⁵²

De otra manera también, como ya dije, fueron recludos y aculturados en las misiones religiosas de diversos órdenes.

Catalina Buliubasich y Héctor Rodríguez (2009) consideran que la Escuela jugó un papel decisivo en la pérdida de las culturas indígenas, como así también en el proceso aculturador el rol complementario que cumplió el servicio militar obligatorio, mientras duró.⁵³

¿Qué se entiende por aculturación?

“Aculturación es el proceso de cambio que emerge del contacto de grupos que participan de culturas distintas. Se caracteriza por el desarrollo continuado de un conflicto de fuerzas, entre formas de vida de sentido opuesto, que tienden a su total identificación y se manifiesta, objetivamente su existencia a niveles variados de contradicción”⁵⁴

⁴⁹ La noche anterior había llovido. Pág. 46

⁵⁰ Ídem Pág. 47

⁵¹ Ídem Pág. 49

⁵² Ídem Pág. 110

⁵³ En Los Pueblos Indígenas de la Provincia de Salta La posesión y el dominio de sus tierras Departamento San Martín. Edición: Centro Promocional de las investigaciones en Historia y Antropología (CEPIHA) Salta, Argentina, 2009.

⁵⁴ Gortari, Eli de. Introducción a la lógica dialéctica. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1956. Citado por Gonzalez Aguirre Beltran. El Proceso de Aculturación. Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones, Primera Edición 1957.

La teoría de la aculturación plantea que en la interrelación entre culturas distintas, se produce un proceso por el cual el contacto continuo o intermitente entre dos o más grupos de culturas diferentes afecta simultáneamente las respuestas culturales de esos grupos.

“La tierra es lo que nos robaron los blancos. Nos confinan cerca de los ríos para que nos inundemos en verano y nos tengamos que trasladar dejando lo poco que tenemos. Ya no nos ayuda el río a alimentarnos y tampoco el monte, como pasaba con los abuelos, ellos vivían bien del río y el monte, pero ahora está todo alambrado para que nosotros no entremos.” (Ojelio Cañizales –2019)

Con la presencia del criollo fueron sometidos a la explotación por parte de madereros, agricultores y por ingenios azucareros.

“...Tuvo un último reparo frente a la casa de Ramón, pero la idea del llanto de su hija la decidió..().La puerta se abrió y salió una mujer joven. La reconoció-era una maestra jardinera. Ema sabía que era la novia oficial de Ramón....()...Vos sos una india sucia, una piojosa...ándate de acá de una vez...acá no hay nada para vos ni para tu chireta...”⁵⁵

El acceso al mercado de consumo, con la asistencia social (asignación universal por hijo, pensiones) tiene sus repercusiones en muchos aspectos de la vida, modificando el sistema económico de las comunidades y la dinámica familiar wichi. Sin embargo, aun no se dejan de lado las actividades tradicionales como la caza, la recolección de miel, la pesca y el trenzado de chaguar.

⁵⁵ La noche anterior había llovido. Pag. 90



Comunidad Las Avispas

1.7 Relaciones amorosas. Relaciones parentales.

Para comprender lo que podríamos llamar la filosofía social wichí, Guadalupe Barúa (2007)⁵⁶ describe un entramado complejo de relaciones y de tensiones que transita a través de tres ejes paralelos: la cosmología, el parentesco y las dinámicas históricas. Realiza un análisis de las relaciones entre la organización social y sus referentes celestes y vegetales. Detecta una serie de analogías y metáforas de la fertilidad y la abundancia entre el ciclo vital, la estructura social, la botánica y el saber astronómico: las familias numerosas son conceptualizadas como organismos o como arboledas, pero también se las asocia con la Venus matutina y las pléyades; y un individuo es pensado, en ciertos contextos semánticos, como la “semilla”, “rama” o “gajo” de una parentela. En el ámbito del parentesco Barúa describe los matrimonios preferenciales y sus combinaciones: la herencia de viudos, el levirato y el sororato – en los cuales el nuevo cónyuge aparentemente se concibe como una “réplica” del fallecido –, el casamiento entre cuñados, el casamiento entre “hermanastros” o la unión serial de los hermanos de una familia con las hermanas de otra. Describiendo a través de estas uniones los procesos de afinización, consanguinización y manipulación estratégicas de las

⁵⁶ Barua Guadalupe; Un arte delicado. Relaciones entre el parentesco, el conflicto y el acontecimiento entre los wichí del Chaco Central, Dunken, Buenos Aires

redes de alianza, interpreta la uxori-localidad wichí desde una perspectiva dinámica, destacándose en particular la “domesticación” progresiva del yerno, que con el correr del tiempo pasa de afín sospechado a respetada cabeza del hogar. Cuando el hombre se casa es común que se traslade para vivir con la familia de su mujer. De esta manera se va conformando un grupo residencial que consiste en un hombre y una mujer, con algunos parientes cercanos. Se observa un predominio de las relaciones endogámicas.

“.....En el tiempo viejo, cuando había aloja en el monte, había fiesta. En las noches de calor, en las noches donde la luna se acercaba a la tierra como si estuviera apenas asomada sobre los algarrobos los quebrachales los wichí bailaban. Bailaban los hombres una danza circular mientras cantaban un ritmo monótono y golpeaban la tierra con sus pies. Era el momento en que las muchachas jóvenes podían despertar al amor. Las muchachas esperaban, observaban desde el borde y luego se acercaban al elegido y le colocaban su mano sobre el hombro en la cintura y bailaban juntos. Así, cada una elegía a quien sería su enamorado. Con él va hacia el monte, hasta que se recostaba contra el tronco de un árbol y aceptaba a su hombre. Luego las muchachas llevaban a su hombre a la casa de sus padres, y convivían con él hasta quedar embarazadas. Más tarde el hombre construiría su wet, su casa, al lado de la choza de sus suegros, y la vida seguiría así por años.”⁵⁷

El kyutisli es la pasión amorosa para los wichí, trae consigo un súbito cambio de conducta, los individuos se adornan y se muestran festivos. Se trata de conquistar o buscar una pareja temporaria. Este estado de kyutisli comprende el nacimiento de nuevos matrimonios o a la disolución de matrimonios ya formados. La base social wichí es la familia monogámica, aunque los caciques pueden conformar varias parejas.

⁵⁷ Ídem . Pág. 84

“Enamoramiento

Usted, enamoramiento, parecés una linda flor. Sos muy hermoso y tu fama corre por todo el mundo. Generas preocupación para el que está en su tranquilidad. A cualquiera que visitas siente la felicidad. Muestras grandezas a las personas y traes sonrisa para su vida. Las personas mayores se preocupan mucho al que te dé lugar. No es difícil darse cuenta de que no estás con la persona porque se la nota decaída. Las personas cuando ven a otro así, dicen: parece la oreja de un perro. Así la persona se transforma en ansiosa y ya no quiere hacer más nada. Entonces quiere dormir y dormir.

Samok

Samok lachätejlä anh'ek lhawo. Matche tä aisilataj wet awujyaj ihi. Layatchenlhi elh tä iwo latamseka. Lakäyjenpe lhip tä mamses, lhutshay, thänhäi ihi.

Elh che lat'isiykaye n'ält'at lakäyjay. Lakänit-lhi elh tä iwo haw'eta, t'ischeype hon'at. Tä lhewej n'oelw wet yok olham tä ohanej m'ek ta owoye. Wichi tä thänhäi lafwonkanyaj iyej elh tä iwo haw'eta.

Athanhit'a tä lhekch'oye n'oelw wet yiklhatchä. Ta wichi hiw'en elh tä tetso wet yokw tet asinäj-ch'ote. Nech'e noelw n'etajlhi wet nemhit ichutit-m'ekej. Lak'efw-hayaj t'at tä ikalhche, imä ta ima t'at.”⁵⁸

Se hace la distinción entre enamoramiento y matrimonio. El matrimonio supone una relación estricta en la que los esposos se muestran casi ajenos el uno del otro. En el enamoramiento los hombres y mujeres se vinculan eróticamente dando paso a la concreción de un matrimonio o a la ruptura de una unión anterior para comenzar con una nueva. Esto no se da en forma simultánea, primero para que se produzca el pasaje de enamorado a esposo debe disolverse cualquier unión previa.

⁵⁸ Aniceto Méndez Instituto de Educación Superior y Técnica Intercultural Bilingüe Comunidad Lote 8 El Potrillo en Con Nuestra Voz Creamos

Una forma particular de matrimonio capturó el interés jurídico, antropológico y penal hace algunos años, como origen de un delito de estupro. El denominado matrimonio privignático. Este tipo de relación (relaciones sexuales entre varones con las y los hijos de sus concubinas) fue planteada en la justicia por la denuncia de violación a una menor de edad por parte del hijo del cacique de la comunidad Lapacho Mocho. El caso, tematizado en el documental *Culturas distantes* y luego retomado en la película *El etnógrafo*, ambas dirigidas por Ulises Rosell (2009, 2012), fue motivo de análisis académico, jurídico y ético.⁵⁹

En la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA se presentaron diversas posturas sobre la cultura wichí durante un encuentro en el que debatieron Mónica Tarducci⁶⁰; Hugo Trincherro, decano de la Facultad de Filosofía y Letras, y Eugenia Morey, docente e investigadora, cuestionándose el relato antropológico de los films mencionados ut supra.

“No creo en eso del derecho de las costumbres. Es engaño que uno se pueda amparar en la mentira de la costumbre para salir sin condena de la justicia. Que la mujeres acá se inician jóvenes para tener una familia, es cierto, pero que las violen y las abusen es otra cosa que no es normal. A mí eso me avergüenza” (Arsenio Torrez – 2019)

La antropóloga Mónica Tarducci (2012) relata en su trabajo “Abusos, Mentiras y Video”, cómo alguna de esas costumbres citadas por la defensa del abusador y los etnógrafos que lo ensalzan, están en desuso en su mayoría. Además “pudimos comprobar la casi inexistencia de etnografías que den cuenta de la vida cotidiana de las mujeres, de los niños y niñas de las comunidades originarias, por un lado, y los “silencios” etnográficos acerca de los abusos y violencia en la esfera íntima, cuando son cometidos por sus propios miembros”.

Por otra parte Liliana Bergesio sostiene que el documental, y luego la película, propiciaron el diálogo de visiones disciplinares, culturales y sociales, muchas de ellas divergentes... Entre las voces que pudieron expresarse, sin embargo, no hay

⁵⁹ Bergesio, Liliana en *Pueblos distantes, derechos universales y voces silenciadas* en torno a un documental sobre los wichí

⁶⁰ Antropóloga del colectivo de Antropólogas Feministas, del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género, y docente del Seminario Anual de Investigación

acuerdos en aspectos centrales del debate como, por ejemplo, cuáles son «las costumbres ancestrales» en este caso concreto, lo cual se refleja en las visiones contradictorias aparecidas en los medios e incluso en propias expresiones del etnógrafo Palmer, quien en el documental afirma cosas que antes no había identificado, lo cual conduce a dudas. Y aquí el silencio de las protagonistas resuena con mayor fuerza porque no se conoce su opinión, su visión está ausente. Esto conduce a enfatizar el cuidado de no opinar ni intervenir con miradas simplificadoras sobre el otro que puedan estar perpetuando situaciones de vulnerabilidad sobre algunos de sus miembros (entre ellos mujeres y menores) e interpela sobre lo incuestionable: ninguna cultura es una entidad completa y cristalizada. Esta afirmación conduce a la necesidad de, a partir del reflejo que nos devuelve el rostro del otro, alimentar el impulso ético de desnaturalizar las reglas morales y legales que reproducen situaciones de discriminación y colonialidad de cuerpos y representaciones.⁶¹

“Algunos wichi someten a las mujeres las violan y creen que eso está bien, que así es la cultura y eso van a mentirle a la justicia. Digo mentirle porque no es verdad, a nadie le enseñan a violar, eso está mal y la justicia tiene que ser justa con las personas víctimas. Lo peor es que la Justicia se lo cree, eso me hace reír...”(Ojelio Cañizales –2019)

Esta situación particular será analizada jurídicamente en el capítulo 3 en la invocación del derecho ancestral y la tensión que se genera con los derechos humanos.

⁶¹ Dasso María Cristina, Pueblo distantes, derechos universales y voces silenciadas en torno a un documental sobre los wichi. Revista Española de Antropología Americana 2015, vol. 45, núm. 2, 477-498 <http://dx.doi.org/10.5209/REAA.54937>

1.8 Mitos

El mito, según lo contextualiza Dasso (2007)⁶², es una revelación verdadera cuya observación, ejecución y transmisión asegura el mantenimiento de un mundo posible para esa humanidad que lo gesta.

El marco normativo de una comunidad ágrafa, como la wichi, donde no está delimitado claramente el ámbito de lo jurídico, la narrativa mítica permite identificar, al transmitirse de generación en generación, los valores y las nociones de justicia. El mito es una fuente de sentido valorativo en la vida wichi y por lo tanto también adquiere un sentido fuertemente pedagógico.

La normatividad mítico-jurídica consiste en el conjunto de acciones realizadas en torno a figuras delictivas intolerables y que requieren subsanarse a través de formulación de una sentencia, ejecución de la pena, aclamación del vencedor, y el establecimiento de un nuevo orden.

Así por ejemplo en el ciclo de Tokujaj aparecen numerosos hechos que conforman determinadas conductas de los protagonistas que definen las figuras delictivas y los procedimientos delictivos.

En su análisis sobre los mitos wichi Adriana Inés Cardona (2004)⁶³ relata:

El mundo era solamente agua y Tokujaj fue a hablar con Dios para que hiciera la tierra porque no podía vivir sobre el agua. Dios se lo concedió y también creó a los animales y todo lo que había en el mundo. Cuando terminó colocó agua y peces dentro de un gran palo borracho. El Dueño de las aguas, el Dueño del río y el Dueño de los peces decidieron que necesitaban un hombre inteligente que hiciera un río. Tokujaj se ofreció para hacerlo y le dieron una gran varilla de hierro. El Dueño de las aguas le dijo que con la varilla partiera el palo borracho para que saliera el agua y los peces. El Dueño de los peces agregó que si tenía hambre podía comer algunos peces, pero solo debía tomar los medianos, no los grandes. Al principio, Tokujaj cumplió con el mandato, pero luego tomó un pez grande y lo comió hasta quedar satisfecho, luego tomó la varilla y empezó a caminar y el río lo seguía. Cuando volvió a tener hambre, tomó un dorado y se lo comió, entonces

⁶² Dasso María Cristina Apuntes sobre la justicia entre los wichi CIAFIC Asociación Argentina de Cultura en Archivos

⁶³ Cardona Adriana Inés, Aproximaciones entre un mito de origen y el Génesis: Rasgos dramáticos. De los wichi del chaco argentino.

el Dueño de los peces se enojó y comenzó a perseguirlo con toda la fuerza del agua. Tokujaj empezó a correr pero el agua lo alcanzaba, para salvarse se transformó primer en piedra y luego en un palo, pero chocó contra otros palos y se hizo pedazos y murió. Por eso hay ríos que van en una dirección y otras en otra, porque Tokujaj no cumplió con su trabajo.

A Tokujaj, aparte, se le adjudica el encauce del Pilcomayo y la aparición sobre la tierra del chajá y el pato. Los wichí con tal motivo, debieron aprender a pescar y a fabricar las redes para poder hacerlo y fue el mismísimo Tokujaj el que les enseñó a hacer las redes de fibras de chaguar, que las mujeres recogen desde el tiempo en que quedaron atrapadas en la tierra por la astucia de los varones.

“Tokfwaj

Había una vez un espíritu transformado en una persona llamado Tokfwaj. Dicen que cuando iba a juntar mistol, él abría su yica y los mistoles saltaban entrando a la yica. Entonces Tokfwaj lograba juntar rápido los frutos y llenar su yica. un día, la manija de su yica a cada rato se cortaba y se caían los mistoles. Entonces los mistoles se enojaron y ya no saltaban cuando Tokfwaj abría su yica. Por eso quedó para siempre que juntar y llenar la yica de mistoles en el monte costará mucho

Tokfwaj

Iche p'ante toelh toj. Tofwta nin'ola ahot. Lhitihi M'ak chek hope. Nech'a Wichi lwulheya yuk: tokfwaj Hin'una tot'okweahoyaj Itihlo lap'i wet ahoyaj Tiyojchepo yahuhulapi, Pajpej hiy'es lapit'ak Wet ahoyaj nitsoyka, paj P'ante nemhe iwusei Tofwitaj iwuytsu, hop Tolham p'ante totamenej Hopto atana che tot'okwe Ahoyaj chettsan.”⁶⁴

⁶⁴ Máximo García Docente Auxiliar en Cultura y Lengua Aborigen Escuela 4454 Misión Los Blancos Provincia de Salta en Con Nuestra Voz Creamos

“Takfwaj y el hornero

Hace mucho mucho tiempo Takfwaj era un hombre al que no le gustaba trabajar: siempre andaba de un lugar a otro, le gustaba quedarse debajo de un árbol o en cuevas. En épocas de lluvia muchas veces se lo veía muy triste y con mucho frío. un día se levanta y se dirige al monte a buscar algo para comer. Lleva su honda, su flecha, su yica. De pronto llega a una laguna y se encuentra con el hornero y se entretiene a observar lo que hace. Obviamente que casi lo mata para su alimento. Takfwaj dice: –Señor hornero, qué hermoso cómo trabaja usted, ¿cómo es posible que usted pueda trabajar teniendo solo dos patas y yo, que tengo dos brazos, dos piernas, no pueda hacer nada? Pero ahora ya me voy a mi casa, a hacer todo lo que el señor hornero está haciendo, así cuando llueve no me voy a mojar ni voy a pasar frío en épocas de invierno. Al llegar a la casa, le dice a su madre lo que vio. –Madre, en el monte lo encontré al señor hornero. ¿Cómo puede hacer una casa solo teniendo dos patas? Yo, que tengo dos brazos, dos piernas, ¿no puedo hacer nada? ¡¡Yaa!! Nos ponemos a hacer nuestra casita. En primer lugar vamos a buscar palos, algunos horcones, barro para poder tapar las paredes, luego muchas ramas para el techo. Pasaron los días y ya Takfwaj ya tenía su casita, ya no pasaría frío ni se mojaría cuando llueve. Por esta razón desde esa experiencia todos tienen sus propias casas los wichi.

TAKFWAJ WET HuN'u

FWALAS TOJ PAJCHE ICHE P'ANTE HuN'u YIHEMEN TOJ YIK WET ICHE T'E CHE YENHILNA LAWET TOJLHAMA TOJ YIHEMEN TOJ IKFWI HAL'O, WuCHE IHI CHuWEJ. CHE IWuMCHO NOLA MAT TOJ P'ALITSAJ, TASEY ,YIKHuFWA... ICHE P'ANTE FWALA TOJ YIK TIYOJCHE TAÑHI T'EKuE MAK TOJ TEWF: –ICHOJ LACH'OHE, LAFWuMT'I, HELE,YOMEY INOT HI THA HIWuEN TATSI, NILONA TOJLHAMA TOJ IYAHIN MAK TOJ TATSI WuYE... HIN'u YuK TATSI: – SHu N'OJ YAP ISA, TOJ LA TACHEMLHI, SHu N'OJ YAHIN, LHAM TOJ TAKOLOI IHI LuS YIP IWuHASEY TOJ YENLHI LAWET? WET NLHAM TOJ NuT KOLOI IHI LuS N'TKuEYAY IHI LuS, YA NISAYA, SHu MAT

TOJH TATSI T'ISCHEIN'uYEJ. –THA ATHANA N'YOPIL WATLOK N'TEN TATSI, HOP KILAK CHE IWuMCHO NEMHI N'KuFWA, NEMHI N'TSEI. YOMEY LAKu THA IFWENHu, MAK TOJ HIWEN NE YuK: –YAKu YA Ku YANE N'WENHA FWENCHE TOJ LHEI TATSI MAT TOJ ILOKuINAM, THA ATHANA WATLOK NATEN TATSI, NENLHI LHAWET: NAT'EKuE HAL'OY, NENLHI CH'ETEY, NATIHI TIFWALAS, CHE LAPSEI NAT'EKuE ñHOT, WET NAPOTSIN LHIPEI, WIT NAPuTPE. WET IS. WAK'ALH LHAWET, NEMHI YAT TSEñHEN, NEMHI YAKuFHEN TOLHEI TOJ P'ANTE HATSu, ATHANA NuFWu WICHI IWuWETA.”⁶⁵

Dasso⁶⁶ presenta los modos en los que los wichi tratan el conflicto con el mito de las teofanías y lo expone tanto en lo cotidiano como en las relaciones de distinto tipo. De este modo, a través de la narrativa se advierte que se escogen ciertas conductas como correctas, en tanto que otras son presentadas como criminales, cuyo efecto es producir un estado exacerbado de castigo en el ofendido. Así se va forjando un corpus de procedimientos jurídicamente correctos que se van desarrollando en la narrativa mítica. Enfatiza este aspecto para exponer como el mito es una densa fuente de sentidos valorativos y jurídicos reconocibles en la vida ordinaria y extraordinaria de los Wichi.

1.9 Organización social-legal

“El enojo

La persona que se enoja siente muchas fuerzas. Su palabra es como cuando se pisa el fuego. Pero cuando pasa el enojo, siente preocupaciones.

⁶⁵ Susana Aranda Profesora Intercultural Bilingüe Escuela de Educación Primaria 821 Sauzalito Provincia de Chaco en Con Nuestra Voz Creamos

⁶⁶ Dasso María Cristina Apuntes sobre la justicia entre los wichi CIAFIC Asociación Argentina de Cultura en Archivos

El resto de las personas tiene que entender cuando el otro está enojado. Habrá momentos en los que no controlas tu enojo, si aceptas. Si sientes enojo, no lo aceptes o no te acerques a nadie, porque puede que no lo controles. Si lo ignoras, nunca vas a caer en desgracia.

El hombre que siempre se enoja, nunca va a tener amigos. La mujer que siempre se pelea, siempre va a ir sumando más enemigos. Aunque la otra persona no tiene intenciones de enojarse contigo, vos vas a enojarte. La persona que se enoja con todo el mundo, terminará siendo rechazada por todos.

N'ofwitseyaj

Tä n'oeih nichuwet-lhi matche tä takhajaj. Lhämet takh'ajaj tet iwoye fwiyo tä lat'asi. Tajyame täjtso n'oeih lalhakli nemhit kalelhaj m'ek tä hape. Is tä elh itekm'ahate wet itetshan t'at lafwitseyaj. Ihichela ta ka-amhiyatche anech'elhayaj m'ek tä lawoye. Yej lhäjlanlä che ihoame n'ofwitseyaj ök yej hon'oye. Che kawoya law'eta mähiyejat ka chätaho takweyey.

N'oeih tä fwitsaj lakalayis ihihit'a, iyhäj tetn'iw'ena. Elh ta lhayen äkl'eh-tsaja, telat häp che nitäkw latayhfwasa. Tej lak aelh nichuweta-amey ta häp ta amlat'at che lachuwete. Elh tä yen isa n'ofwitseyaj, ta lapesey lhamt'at tä iyhäj itumhatchä"⁶⁷

Según Jan-Ake Alvarsson (1999)⁶⁸, la característica personal principal del wichi, es ser tranquilo, no se enoja. En Conflictos y Guerra entre los Weenhayek (mataco-noctenes) según este autor, su aspecto pacífico se debe al autocontrol, buen temperamento y al control social. El miedo a ser acusado por alguna transgresión a las normas establecidas o a las represalias sobrenaturales constituye la base de su personalidad.

⁶⁷ Aniceto Méndez Instituto de Educación Superior y Técnica Intercultural Bilingüe Comunidad Lote 8 El Potrillo Provincia de Formosa en Con nuestra voz contamos

⁶⁸ Alvarsson Jan-Ake. Conflictos y Guerras entre los Weenhayek (mataco-noctenes) en mito, Guerra y Venganza entre los Wichi . Alvarsson elabora este informe teniendo en cuenta las investigaciones realizadas por Fock entre 1963 y 1982 , Metraux 1946 y Nordenskiöld en 1926.

Según su propia concepción, la violencia es contraria a la vida humana porque el bienestar colectivo depende de la armonía social. Por ese motivo, las relaciones interpersonales se fundan en la buena voluntad con el fin de evitar conflictos. La falta de agresión viene a ser, pues, el primer criterio para tener en cuenta al esbozar la buena voluntad wichi⁶⁹.

Sin embargo como en toda comunidad se suscitan conflictos. Cuando ocurre algún conflicto, existe una organización legal que se basa en “una ley de delitos privados” referido a conflictos entre individuos y otra en los “delitos públicos” referido a conflictos colectivos. Alvarsson manifiesta que casi todos los conflictos se consideran peleas familiares y se resuelven bajo la supervisión del líder familiar (niyat). Cuando no es entre parientes, lo resuelven los jefes de familia. Si no llegan a un acuerdo lo trata el consejo de la aldea. Dentro de los conflictos entre individuos distingue el latrocinio (robo), adulterio, violación y homicidio.

Cuando irrumpen estas clases de acontecimientos, aparecen las sanciones. Alvarsson cita a Fock (1966) que divide las sanciones en tres categorías: 1) un principio compensatorio: cuando la parte afectada se dirige al ladrón identificado o a su familia y solicita una indemnización ya sea dinero o un animal, 2) un principio de represalia: cuando la identidad del ladrón se revela porque se encuentran los elementos sustraídos en su choza, en este caso la parte afectada toma algo que posea el ladrón como un animal para matarlo a modo de represalia y para ser comido por todos los de la comunidad y 3) un principio retributivo: cuando la identidad del ladrón es desconocida entonces se toman medidas como colocar una trampa que produzca daño al ladrón sin responsabilidad alguna por parte de la víctima.

Primero se recurre a la ayuda del niyat quien puede obligar a la persona a devolver lo robado. En casos más graves se recurre al consejo (wikyihutwek) con la posibilidad que participen opinando todos. El castigo por latrocinio es tanto económico como social.

⁶⁹ Tal como lo expone largamente John Palmer, en su obra *La buena voluntad wichi. Una espiritualidad indígena*. Grupo de Trabajo RUTA 81 Formosa y Salta Gran Chaco Argentino 2005.

Con relación al adulterio, Alvarsson explica citando a Jespersson (1943) que el adulterio de la mujer es más grave que el adulterio del hombre. La sanción es la impartición de golpes que en casos extremos puede llegar a la muerte. La infidelidad reiterada desemboca en el divorcio. El cónyuge engañado se queda con todo, la choza, los hijos. El castigo por infidelidad es también social, el cónyuge acusado es criticado por toda la aldea.

Las mujeres desempeñan un papel muy activo, llegando a obligar a un hombre a tener relaciones, utilizando la presión social ya que un hombre que no acepta una invitación sexual se lo considera poco hombre (no es un hombre de "verdad"). En este sentido, y aunque los casos de violación son muy raros entre los wichi, esta es reconocida como tal cuando un hombre mayor abusa de una joven. El castigo es social y económico. Se lo considera como un criminal de la peor calaña y debe compensar a la familia con un animal.

1.10 El homicidio

Hay también, una distinción entre el asesinato dentro del grupo familiar (nowetlheley) considerado un acto privado y el asesinato fuera del nowetheley considerado un conflicto colectivo.

Dentro del grupo familiar, el aborto y el infanticidio eran prácticas consideradas como soluciones a embarazos no deseados. El gerontocidio es la muerte de los ancianos considerada como una eutanasia, esta práctica actualmente es inexistente. Estos hechos son de la esfera familiar y no se castigan.⁷⁰

Los conflictos colectivos requieren la intervención del consejo de la aldea y es porque el homicidio sale de la esfera familiar. Siguiendo a Fock (1966)⁷¹, según el

⁷⁰ Eulogio Frites en Los Derechos de los Pueblos Indígenas hace referencia a un caso de eutanasia. En 1968, se ventiló el caso Peña, Santiago quien ayudó a morir a su hija, "porque de todas maneras se iba a morir", diciendo que lo había hecho para aliviarle el sufrimiento. Para el derecho tradicional Wichí esta conducta no es imputable, pero intervino el juez del crimen de Formosa y lo condenó a ocho años de prisión.

⁷¹ Citado por Alvarsson Jan-Ake en Conflictos y Guerras entre los Weenhayek (mataco-noctenes) en mito, Guerra y Venganza entre los Wichi

grado, puede dividirse la recompensa en tres clases: 1) recompensa económica, 2) homicidio retributivo y 3) homicidio compensatorio de un enemigo.

Los conflictos colectivos son resueltos por el niyat, por el consejo de la aldea y sino son sometidos a consideración de los misioneros. Durante mucho tiempo el misionero fue considerado el pastor y era la última autoridad para la comunidad. Si el caso es demasiado grave ponían en conocimiento a la autoridad policial pero con muchos prejuicios porque tenían limitaciones de entendimiento de lenguaje.

Los conflictos individuales se resuelven hoy igual que antes, dentro del grupo familiar. Aparece la figura del destierro. El temor a ser expulsado de la comunidad es una situación que efectivamente intimida más a las mujeres que a los hombres wichi. El destierro es en todas las culturas una de las peores sanciones.

1.11 Reflexión. Mi mirada

A través del relato de la novela “La noche anterior había llovido” y su personaje central Ema, conocí a los wichi en el monte y en el río, la llegada de los blancos a “su tierra”, a la apropiación, el maltrato y la discriminación que sufrieron. “El ser india, ser mujer, ser pobre, ser nada”.⁷²

Tal como lo explica Ricoeur(1999)⁷³ tanto la ficción como la historia empírica contribuyen a describir o a redescubrir nuestra condición histórica y nos permite comprender a la cultura de un amplio horizonte o por el contrario, de algún grupo acotado como es en este caso la de los wichi.

Octavio Gutiérrez resume en el siguiente texto lo que es ser wichi

“Los Wichi del norte argentino: aportes desde la comunidad Wichi de Misión Chaqueña

Los Wichi pertenecen a una de las grandes familias lingüísticas de la región chaqueña: el grupo mataguayo, del que también forman parte otros

⁷² Título del capítulo 6 de La noche anterior había llovido

⁷³ Paul Ricoeur, Historia y narratividad

pueblos indígenas, como los chorotes y los chulupíes. Los indígenas de este grupo lingüístico tienen semejanzas en su manera de organizarse socialmente y de manejar sus economías.

Los Wichí en nuestra provincia, actualmente, ocupan la zona occidental del Chaco argentino. Es decir, el este de la provincia de Salta.

La vida de los Wichí

Los Wichí fueron tradicionalmente un pueblo de pescadores, cazadores y recolectores de los frutos silvestres.

Para los Wichí, la pesca es una fuente muy importante de alimentación; en particular los sábalos, además de pacúes, surubíes, dorados, bagres, palometas y otros peces que obtienen con sus redes.

También el anzuelo es una herramienta para la pesca. De todas maneras, en las últimas décadas la pesca ha escaseado mucho, debido a las alteraciones en el ambiente de los ríos.

Por su parte, la caza, al igual que la pesca, es un trabajo masculino que le proporciona a las familias Wichí proteínas de origen animal a lo largo del año.

Mediante trampas y otras herramientas de caza, obtienen una gran variedad de animales; propia de la nutrida fauna chaqueña: suris, corzuelas, conejos, vizcachas, iguanas, zorros, chanchos del monte, gatos monteses, entre otros.

Hoy, sin embargo, la caza ha disminuido debido a la extensión de los cultivos y a las talas realizadas por los agricultores empresarios a los montes naturales.

Por otra parte, los Wichí ya no tienen libre acceso a muchas y antiguas zonas de caza que hoy son propiedades privadas

Häp lhipaj olhämtes tä häp Wichí...

Häp Wichi häte tä iyhajt'at täihi región chaqueña, häp lhämel hip'akwek tä häpe mataguayo, häte tä lhip iyhaj tä hape Pueblos Indígenas, mälhej: Chorotes lhäy'ehäp Chulupíes. Häp Wichi lhamel hatet iwoye iyhaj tä kälelhajen lewetes wet häp matche tä itetsan tä ichatepej lewhaytäyachup. Häp ihit'at lhip tä zona occidental del chaco argentino, tä häp häpe este de la provincia de Salta. Nälhej, tä p'ajche ihit'at tä lhäy'e iyhaj tä ihi tayhi tä häp sectores chaqueños, wet häp lhamel öchenhen tä häpe Wichi iyhaj tä häp wenhalhamejen malhyej guaycurú: Tobas, Mocovíes wet iyhäj.

Häp tä Wichi: lewatshancheyaj

Häp lhamyajt'at Wichi tä ihi lhip tä häpe lhämel häp chen wahat kotses, ilanhen tsatay lhay'e tä t'akwe hal'älhay tä ichatepej tä yachup.

Lhamel tä ihuman tä yike wahat yamtilek lhämel isej, malhejts'e iyhat, pasenaj, kätutaj, alaj, lhay'e iyhaj wahat, wet lhamel ihanet'at lekä hotanaj, lhay'e tä oyok timek tä athapej tä o'yen wahat. Wet tä lewhay isna matche tä athapej tä o'yen wahat, tse häp lewhay tä wenlhamejpej tä ihi tektaj.

Häp tä ot'ukwe tsatay lhay'e yen wahat häp hin'o tä lechumett'at. Wet wahat, tsatay t'isanis hich'ote hoelh tä ihi nekcham. Lhamel ihan'e lech'ahilh lhay'e haläy lhotay tä ilanhen tsatay, wahat tä wenhehiche tä lhip ihi t'at tayhi, afwoj, tson'a, näte, än'älä, alhu, m'awo, awutsaj, slikäy lhay'e tsatay.

Ifwalasna m'ak tä häpe och'ahilh nech'e tay, wet Wichi nech'e ichajlhi, lhay'e tä tsatay tek häp wujpe taihi tayhi tse häp (cultivo) tä oyowaj tayhi yämlek otutchehyhi (empresas). Lhip elh Wichi tek häp lewet ihi tä yämlek t'ukwe m'ak tä isej tse nech'e lewuk ihi honhat."⁷⁴

El pueblo Wichi, tiene su propia mirada del mundo, de las leyes que lo rigen, de sus sistemas éticos y valores morales. Según el primer censo Aborigen, realizado por el Ministerio de Bienestar Social de Salta en 1983, la vigencia del sistema de

⁷⁴ Docente Auxiliar en Cultura y Lengua Aborigen Escuela 4528 Comunidad wichí Misión Chaqueña Embarcación Provincia de Salta en Con Nuestra Voz Creamos

cacicazgo y el Consejo de Ancianos se mantiene en la totalidad de las comunidades.⁷⁵

El mito de creación destaca que los hombres tuvieron origen terrestre y las mujeres origen celestial. Cuando las mujeres cayeron del cielo, se incrustaron en la tierra y gracias a los animales fueron desenterradas.

La conciencia histórica como factor de identidad, es memoria del pasado y de lo que se espera y puede ser. Todo pueblo cuando tiene memoria o conciencia histórica se afirma en la idea de pertenencia común.

Sus manifestaciones son añoranza por la forma de vida que se va perdiendo. A pesar de los cambios se tiene la conciencia de una cultura propia identificada básicamente con la preservación de la lengua.

“...no queda casi ninguna costumbre. Solo el idioma wichi que también hay en algunas escuelas para los niños wichi y que se habla en las comunidades. Después la vida nómada es así a la fuerza ahora porque el río nos corre cuando crece y nos tenemos que mudar y dejar todo. Pero no es porque queremos. En las comunidades grandes hay canciones que se cantan en wichi y que eran de nuestros abuelos.” (Ojelio Cañizales –2019)

Para Hernández Arregui (1972) “la cultura de un pueblo esta espiritualmente litografiada en su lengua, a través de la idiosincrasia nacional, fija en el idioma, que es la memoria de su existencia histórica”⁷⁶

La lengua constituye una dimensión netamente humana y esencial de la cultura. Para los wichi “el idioma wichi” es la salvaguarda de la identidad cultural, para ellos esa identidad cultural pasa también por la defensa de la lengua.

“Lo que sigue es el lenguaje, nosotros casi no hablamos castellano, más wichi nomás. Eso y también que usamos plantas para la salud que nosotros nomás conocemos y que sacamos del monte, pero eso también

⁷⁵ Martínez Sarasola, Carlos. Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina, coordinado por Tomas Lambré, edición literaria a cargo de Carlos Santos Sáez, 1° ed., 1° reimp. Buenos Aires, Del Nuevo Extremo

⁷⁶ Hernández Arregui, Juan ¿Qué es el ser nacional?, Edit. Hachea Buenos Aires, 1972 pag 33

está flojo porque ya casi no hay monte, no el que tenían los ancianos". (Dora Fernández- 2019)

La comunidad lingüística y la relación con el monte y la tierra fueron destacadas como los distintivos más importantes en la construcción subjetiva de la identidad wichi. Los wichi invierten la relación y se ven a sí mismos como pertenecientes a la tierra más que ésta perteneciéndoles a ellos. En tiempos pasados vivían en armonía plena con la naturaleza. Su situación actual es sumamente compleja.

"...El tiempo en el que Ema vivía le negaba el mundo del que hablaban las mujeres. Esas historias ya no ocurrirían en ese monte ni en esas lunas."⁷⁷

Las prácticas musicales constituyen una reconstrucción ritual y están enraizadas con cuestiones centrales de la idiosincrasia wichí. En torno a las expresiones musicales se decidían las alianzas matrimoniales y los enfrentamientos bélicos, se festejaban las victorias, se despedía a los muertos, se realizaban las curaciones y se accedía al placer y a la interpretación del pasado⁷⁸. Por eso son sumamente significativas para la comprensión de su cosmovisión, al igual que ciertos "dichos". Sin embargo, actualmente, de estas prácticas musicales, sólo sobreviven las ejecuciones de cantos y toques instrumentales propios de la diagnosis y terapia shamánica, y de algunos toques de trompa vinculados a la esfera del enamoramiento.⁷⁹

Vera Carnovale (2006) reconoce que toda memoria implica una narración y toda narración conlleva un sentido que hace a la permanente reconstrucción del lazo social, a la permanencia en tiempo y espacio de una comunidad.⁸⁰

Acá toma importancia la historia oral. Y el reconocimiento de esta historia oral.

⁷⁷ La noche anterior había llovido. Pág. 89

⁷⁸ García, Miguel A. "Indicios, Sociabilización y 'Performance' En Las Danzas Nocturnas De Los 'Wič'i' Del Chaco Argentino." *Latin American Music Review / Revista De Música Latinoamericana*, vol. 17, no. 1, 1996,

⁷⁹ García, Miguel A. "Indicios, Sociabilización y 'Performance' En Las Danzas Nocturnas De Los 'Wič'i' Del Chaco Argentino." *Latin American Music Review / Revista De Música Latinoamericana*, vol. 17, no. 1, 1996,

⁸⁰ Carnovale Vera. Memoria, espacio público y Estado: la construcción del Museo de la memoria. Publicado en Estudios AHILA de Historia Latinoamericana, n2, Verveurt.

Como reseña Pablo Pozzi la historia oral y la tradición oral sirven de fundamento para reescribir la historia, pero también para combatir las injusticias del pasado. Pueblos que fueron conquistados o colonizados, en el presente recurren a su tradición oral y rescatan su memoria para reclamar derechos territoriales, lingüísticos, o para recuperar una identidad cultural propia⁸¹.

La memoria es una relación presente - pasado que esta en permanente construcción y reconstrucción.

. "Canción: Los niños

Los que están en el monte, cantan, cantan.

Qué hermoso, qué hermoso.

Los niños que están en el monte están felices, están felices, porque están comiendo un pescadito, porque están comiendo un pescadito.

HOP NOTSAS

NOTSAS TA IHI TAYHI, T'ICHuYWITO T'ICHuYWITO

MAT TA IS, MAT TA IS

NOTSAS TA IHI TAYHI AKOSWITO, AKOSWITO, HOPTA TEFW
W'AHATAJH, HOPTA TEFW W'AHATAJH."⁸²

⁸¹ Pozzi Pablo. Esencia y Práctica de la Historia Oral. Tempo y argumento. Revista do programa de pos Graduacao em História. Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 61 – 70

⁸² José Rodríguez Docente Auxiliar en Cultura y Lengua Aborigen Escuela 4266 Comunidad wichí de Misión Carboncito Embarcación Provincia de Salta en Con Nuestra Voz Creamos

“Canción Mi mamá

Mi mamá y mi hermanita

día a día, día a día,

buscan chaguar, buscan chaguar, buscan chaguar.

Mi mamá y mi hermanita,

hacen hilos, tejiendo están.

NKu

HOP NKu LHOY'A NCH'INHO FWALAPEJ, FWALAPEJ,

T'EKWE CHITSAJH, T'EKWE CHITSAJH, T'EKWE CHITSAJH.

HOP NKu LHOY'A NCH'INHO, POTSIN NIYHOY TAYHINHAJT'AT.”⁸³

“¡Mírame!

Mírame... ¡Qué feliz estoy!

Me parezco a un ratón saciado de hambre.

Mírame... ¡Qué mucho que hablo! Me parezco a un loro charlatán.

Mírame... ¡Qué bigotes que tengo!

Me parezco a un viejo vizcachón.

Mírame... ¡Qué caliente estoy!

Me parezco a un fuego ardiente.

¡Pues ya me voy...! Porque me estoy asando.

Y nada más... ¡Me voy...! ¡Me voy...! Ya me voy.

⁸³ José Rodríguez Docente Auxiliar en Cultura y Lengua Aborigen Escuela 4266 Comunidad wichí de Misión Carboncito Embarcación Provincia de Salta en Con Nuestra Voz Creamos

¡Lhekyahinn'o!

Lhekyahinn'o... ¡wuj ta okäjli! Ohätetiwoye ama ta iläy.

Lhekyahinn'o... ¡wuj ta oyämlhi! Ohätetiwoye ele ta ihumin ta yämlhi.

Lhekyahinn'o... ¡wujpe opäsey! Ohätetiwoye änhälä ch'utsaj.

Lhekyahinn'o... ¡Wuj ta ochayo! Ohätetiwoye itäj ta wujtay'uho.

¡Mat oyikt'at...! tsiwuj ta oy'o. Wet tajlhome... ¡oyik...! ¡oyik...! Oyikt'at."⁸⁴

“Dichos

1. Escuchar y amar a los padres es lo que permite estar bien en el futuro.
2. En la vida, por lo que más hay que preocuparse es cambiar las malas actitudes, porque al cometer maldades estas se quedarán como marcas para toda la vida.
3. Para educar bien a la persona, se debe hacerlo desde que nace.
4. El joven, antes de juntarse, tiene que primero darse tiempo porque apresurarse puede llevarlo a cometer errores.
5. La mujer que tiene hijo tiene que amarlo, cuidarlo y por sobre todo tiene que educarlo.
6. La niña tiene a su mamá muchas veces como amiga.
7. El niño tiene a su papá muchas veces como amigo.
8. No hay que burlarse de los demás, hay que respetar.
9. Los malos hábitos son los que dejan mal a la persona.
10. La mujer que quiere tener hijo tiene que asegurarse de que se siente bien preparada.

⁸⁴ Delicio Vidal Docente Auxiliar en Cultura y Lengua Aborigen Escuela 4097 “Cacique Cambai” Comunidad Misión Miranda Tartagal Provincia de Salta en Con Nuestra Voz Creamos

11. Siempre es mejor tener una sola pareja.

Tofwonyaj

1. Humin wet ch'ahuye akathänhäytsi aisiyeja, ichäjla ame atamsek.
2. Yej lhak'ale mek ta lachonle ihi, lhak'ale a keyis ta ni-isa lham häp mek ta iwohiyet'alak lalej.
3. N'ochufwenyaj tälhe ta hanäfwaj ifwaji lakafwut'hi paj ta lhäläkw.
4. Atsinha lhutsa wok hin'o mamse chi taj lawhäy ta iwo lahumneka ische iyahinhi ayij elh yamthilak is alhoho lawayhayaj.
5. Atsinha ta lhäs ihi hap kilak iweno lachiyhelyaj, lahumnayaj, lachufwenyaj hap hanäfwaj yamtilak hape eth ta lahusek ihi.
6. Hanäfwaj ta atsinha lakayafwaj lako.
7. Hanäfwaj ta hin'o lakalayi lafwcha.
8. Yej t'ischeyej a elh lawitäyhyaj tsi tumhila amej che lapesei.
9. Honhat hapkhita ta hichoyhat noelh, mek ta hichoyhat noelh hap lakeyis ta nituhawetayej.
10. Atsinha lhutsa chi taj lawhäy ta iwatla lhäs ische iwaklhat nithok meyhei.
11. Chi lawo ahumneka äm tefwaji.”⁸⁵

Para Gadamer (1977) los textos son los instrumentos de comunicación que ligan las culturas, incluso la del historiador que es quien interpreta, a través de estos instrumentos se da el diálogo en el tiempo, en el marco de una ciencia del

⁸⁵ Betty González Maestra Especial de la Modalidad Aborigen Escuela 433 MEIB Estudiante del Instituto de Educación Superior y Técnica Intercultural Bilingüe Comunidad km 13 El Potrillo Provincia de Formosa Norberta Méndez Instituto de Educación Superior y Técnica Intercultural Bilingüe Comunidad Lote 8 El Potrillo Provincia de Formosa en Con Nuestra Voz Creamos

espíritu, es decir desde la historicidad individual. A través de la historia es que el ser humano puede llegar a comprenderse a sí mismo.⁸⁶

El anhelo de recuperar prácticas y principios simbólicos de sus antiguas cosmologías es un desafío al modo de vida actual.

⁸⁶ Gadamer, Hans., "Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica", Salamanca, Sígueme, 12ª reimpr. 2012. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

CAPITULO 2

LOS DERECHOS

“Si sabemos que hay derechos para los indios, pero a nadie le importa eso. Es lo mismo para nosotros la ley, porque no se cumple y no tenemos plata para pelear en la justicia los derechos” (Dora Fernández- 2019)

2.1 Derechos Fundamentales

Al buscar sentar algunos conceptos para abordar este capítulo, lo primero que tenemos que delimitar es qué entendemos por derechos humanos, por comunidades indígenas, por costumbre, por tradición, por acceso a justicia.

Derechos humanos, derechos naturales, derechos fundamentales, indio, indígena, originario, cultura, costumbres, tradición. “Ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo”.⁸⁷

Mi punto de partida será el reconocimiento de los derechos fundamentales, como

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.⁸⁸

Los derechos fundamentales son los derechos constitucionales; son aquellos derechos humanos (DDHH) garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema democrático. Son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico tienen un estatus especial en cuanto a su garantía.

Me voy a referir a derechos fundamentales ya que en términos generales, la doctrina constitucional sobre todo en América Latina, afirma que el concepto derechos fundamentales, a diferencia del concepto derechos humanos, es más

⁸⁷ Peces-Barba, G., Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General, Eudema, Madrid, 1991, p. 20.

⁸⁸ Ferrajoli, Luigi. 2008. Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. Boletín mexicano de derecho comparado

preciso, es jurídico y corresponde a los derechos positivados en la Constitución⁸⁹. Esta posición va de la mano, teniendo en cuenta que los derechos humanos, en nuestro país, son derechos fundamentales, ya que forman parte del bloque constitucional.

Sin lugar a hesitaciones, la historia de los derechos fundamentales no es otra cosa que el testimonio de la lucha por la dignidad humana. Su reconocimiento mediante diversas declaraciones, pactos, protocolos y convenios de orden internacional expresan con el correr de los años, el compromiso de las naciones en asegurar que todas las personas puedan acceder y disponer de los bienes y libertades necesarias para una vida digna. Su afirmación normativa constituye en la actualidad el fundamento auténtico del Estado de Derecho, para la convivencia y el desarrollo de la propia humanidad en su conjunto.

2.2 Fundamentación de los Derechos Fundamentales

Siguiendo a Luigi Ferrajoli (2005), existen al menos cuatro niveles de análisis relativos a la teoría y fundamentación de los derechos fundamentales. El primero se adscribe a una categoría histórica-sociológica en la cual se analizan las distintas concepciones de los derechos fundamentales a través de su desarrollo histórico. En su faz sociológica se examinan los derechos de orden fundamental vigentes en las sociedades actuales y cuál es el grado de eficacia de sus garantías. Un segundo panorama, de carácter dogmático enfoca la temática de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico específico, por medio de las reglas que los consagran, la forma en cómo se interpretan y qué tipo de conflictos pueden producirse entre ellos. Por su parte, un tercer nivel de tinte filosófico-político, trata de justificar desde un punto de vista moral o político los derechos fundamentales. En este ámbito se discute, por ejemplo, si hay una adecuación de la realidad jurídica a un modelo filosófico propuesto, o en que se

⁸⁹ Al positivizarse, los derechos humanos se convierten en fundamentales, esto es, que los derechos son vinculados formalmente a una Constitución.

discute críticamente de las instituciones jurídicas existentes. Al final, un nivel teórico en el cual se discute el concepto de derechos fundamentales, su tipología y estructura, y se construyen modelos explicativos de la realidad jurídica. El nivel teórico tiene una primacía lógica sobre los demás niveles, ya que, antes de analizar de cualquier forma el tema, se debe individualizar el objeto de análisis (¿qué son los derechos fundamentales?), y esta es sin lugar a dudas una tarea teórica⁹⁰.

A su vez, diversas teorías han esbozado explicaciones sobre el concepto y el fundamento en la evolución de los derechos fundamentales, las cuales se enmarcan en postulados filosóficos e históricos. En apretada síntesis diré que las posturas clásicas son el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*. La primera corriente manifiesta que existen derechos naturales que resultan anteriores tanto al Estado como al Derecho positivo, y contienen una superioridad en relación a éstos últimos. Por su parte, la tradición iuspositivista se enfoca en la potestad del Estado quien es el encargado de otorgar esos derechos. De esta forma, coloca al Derecho Positivo por encima del Derecho Natural.

Bajo el influjo de la filosofía racionalista de la ilustración como ideología germinadora del Estado de Derecho, se han expresado tres vertientes en cuanto al origen y fundamentación de los Derechos Fundamentales: a) existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal (tesis de los derechos humanos como derechos naturales); b) fundamento de la legitimidad política en la participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular (tesis contractualista); y c) exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de los derechos (tesis del constitucionalismo)⁹¹

En lo atinente a la conceptualización *teórica* de los Derechos Fundamentales Ferrajoli (1999) ha señalado que son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar, entendiendo por

⁹⁰ Comanducci, Paolo en “*Problemas de Compatibilidad entre Derechos Fundamentales*”, en “Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, Publicación de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba, Abril de 2002, Págs. 51 y 52

⁹¹ Pérez Luño, A. E. en “Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Ed. Tecnos, Madrid, 3º Ed., 1990, Pág. 115 y ss. y 212 y ss

derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁹².

Esta definición presenta las siguientes características:

- 1) Teórica: en razón de que aún siendo confeccionada en relación a los derechos fundamentales consagrados positivamente por las leyes, no está basada en normas de ningún ordenamiento concreto.
- 2) Formal: prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación.
- 3) Neutral: cualquiera sea la filosofía política o jurídica, vgr: iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática, el concepto proyectado resulta válido.⁹³

El mismo autor confiere importancia a la semántica jurídica, señalando la importancia de distinguir entre los distintos tipos de discurso, fundamentos y cuestiones a la hora de estipular un aparato conceptual de los Derechos Fundamentales. Al respecto, propone que gran parte de los problemas y disensos que se manifiestan sobre la cuestión, provienen de la confusión de los cuatro tipos de discursos, ya que en ocasiones se pretende –por ejemplo- llegar a una definición teórica desde una axiológica, mientras que otras veces se presenta como tesis axiológica o empírico- sociológica a aquellas que es simplemente el reconocimiento jurídico de estos derechos que se encuentran sancionados como fundamentales en un determinado ordenamiento legal⁹⁴.

Ahora bien, se entiende que el rasgo conceptual de los Derechos Fundamentales corresponde a una formulación teórica propia de la modernidad, cuyo interés

⁹²Ferrajoli, Luigi, en “*Derechos Fundamentales*” en “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”, Ed. Trotta, Madrid, 1999, Pág. 37

⁹³Ferrajoli, Luigi, “*Derechos Fundamentales*”, en “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, Págs. 19 a 21.

⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, “*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*”, en “Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, Publicación de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba, Abril de 2002, Pág.119.

subyacente sin embargo, hunde sus raíces en la antigüedad. Por ello, y a efectos de mantener las distintas perspectivas de abordaje de la cuestión, realizaré un análisis por separado de la teoría y fundamentación de los Derechos Fundamentales, teniendo en cuenta los niveles precedentemente expuestos.

2.3 Historia de los Derechos Humanos

Realizando una rápida visión desde el ámbito histórico diré inicialmente antes de ingresar a la propia visión occidental, que en Oriente, más precisamente China, ya se hablaba antes que en Grecia, del “gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres” como forma de organizar el poder en garantía de los gobernados. En la antigua Grecia o en la Roma clásica el denominado hombre libre no guardaba similitud con la visión del iusracionalismo plasmado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o lo reflejado unos pocos años antes en la Declaración de Derechos de Virginia, de 1776.⁹⁵ En aquellas épocas el núcleo de la cuestión descansaba en la naturaleza autónoma o independiente como estado atribuido a determinados sujetos, los cuales en su condición de hombres libres, convivían en la sociedad antigua con individuos sometidos a esclavitud o a una situación de semilibertad, los cuales, por cierto, se hallaban excluidos de todo tipo de prerrogativas.

La Edad Media conoció solamente franquicias basadas en estamentos y fueros en donde las libertades se encontraban mediatizadas en relación al nacimiento, la ascendencia familiar y la situación de hecho en la que se encontraba la persona. El hombre de dicha época, se hallaba inserto en una organización que determinaba todas sus relaciones sociales y jurídicas por su adscripción

⁹⁵ Cabe referir que si bien dichos instrumentos son conocidos con los más resonantes antecedentes en cuanto a la declaración formal de un catálogo de Derechos Fundamentales, preexistían en el derecho inglés instrumentos tales como la *Petitton of Rights* de 1628, que protege los derechos personales y patrimoniales, y el *Habeas Corpus Act* de 1679, el cual establecía que la detención de una persona no podía ser realizada sin un previo mandamiento judicial y obligaba a someter a la persona detenida al juez ordinario dentro del plazo de veinte días. Por su parte, la *Declaration of Rights* emanada el año 1689, confirmaba los derechos ya consagrados en los textos anteriores.

estamental, y al mismo tiempo caracterizaba la estructura de la dominación feudal bajo la forma de servicios personales, de vasallaje y de protección. Así, los derechos pactados entre el soberano y sus feudatarios no lo fueron en el reconocimiento de individuos aisladamente, sino como meros destinatarios abstractos de las normas jurídicas locales en que regulaban su condición de hombre situado en un grupo, gremio o un estamento que definía su status jurídico. Recién una vez producida la quiebra de este orden social medieval, mediante la creación de poderes centrales del Estado, el desarrollo de una organización administrativa, judicial y militar territorial, así como la transformación de las dependencias personales en relaciones económicas y laborales, se agudizó la mirada en torno a la dignidad natural de la persona individual, y se instaron a reconocer derechos humanos inalienables para poder asegurar estas conquistas. Por su parte, durante los finales de la Baja Edad Media, más precisamente en el siglo XIV, y a través de William of Ockham, surge la génesis del concepto de “derecho subjetivo” que comprendía la idea de “prerrogativa” o “facultad” o “potestas” de un sujeto o individuo, que se diferenciaba del pensamiento romanista del “ius”, en cuanto a la relación con una cosa (ius in re) o respecto a otra persona (ius in personam)⁹⁶. Dicha noción, permitió a mí entender comenzar a esbozar la concepción de un aspecto del derecho como disposición, atribución, o ámbito de posibilidades reconocidas al hombre por su condición de tal, a cuyo arbitrio se remite su ejercicio.

Sin embargo, la idea de derechos humanos tal cual la conocemos hoy es relativamente reciente y se ubica en el pensamiento liberal revolucionario de finales del siglo XVIII, en donde el status jurídico lo marcaba la propia condición humana, y no la situación de libertad en la que se encontraba una persona. De ahí surge el embrión de la pretensión de universalidad de las declaraciones de derechos humanos, como construcción propia de la modernidad, que sólo pudo consolidarse y hacerse efectiva en el marco de las Constituciones Modernas, cuyo presupuesto indiscutible es el Estado Moderno.⁹⁷ Así, aparecen como producto de la Ilustración y de la Modernidad, concibiéndolos como mínimos que debe respetar

⁹⁶ Rodríguez Moreno, Alonso. Origen, evolución y positivización de los derechos humanos en Colección de Textos sobre Derechos Humanos, CNDH Mexico. 2011

⁹⁷ Jiménez Asensio, Rafael, El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003

el Estado frente al individuo, y que en una posterior evolución fueron susceptibles de aplicación horizontal entre particulares.

El principal fruto de esta concepción iusnaturalista moderna del derecho fue la elaboración de la entidad jurídica Derechos Fundamentales. Los dos grandes textos en los que se plasma de forma positiva este proceso, la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, los cuales parten de sendas definiciones de la naturaleza humana, como justificación última del reconocimiento de los derechos. Además, en ellas aparece el germen del que será luego uno de los rasgos esenciales de los derechos humanos: su carácter inherente y, en consecuencia, su calidad de inalienables.

Por ello y para comprender la teoría y fundamentación de los DDHH en el siglo XIX es preciso hacer una breve referencia tanto al marco en el que se desarrollaron, como a la concepción que se tuvo y cuál ha sido, la circunstancia del problema y como se han encarado sucesivamente la cuestión de los Derechos Fundamentales. El siglo XIX es el de la Revolución Industrial, en donde el triunfo del capitalismo se extiende con el imperialismo a todo el mundo, apareciendo también las reivindicaciones sociales. En este siglo se expandieron las ideas republicanas y liberales y emergieron nuevas teorías como el socialismo utópico, el socialismo científico (marxismo) y el anarquismo. Por su parte, la esclavitud fue abolida de forma progresiva en los distintos estados europeos y americanos, bajo la prohibición de la trata de esclavos para luego suprimir la esclavitud misma, la cual sin embargo a finales del siglo XIX, seguía existiendo en algunos países africanos y asiáticos.

Las enormes desigualdades provocadas por el capitalismo de la Revolución Industrial y la inacción del Estado para mitigarlas, dieron origen a los movimientos obreros que emprendieron la defensa de los derechos fundamentales desde una perspectiva colectiva y de manera más amplia, a causa de los flujos inmigratorios desde el campo hacia las ciudades industrializadas, los cuales imponían a estos hombres libres, jornadas extensas y desfavorables de trabajo. Asimismo, en este siglo comienza la emancipación de América Latina⁹⁸ y África sufre el abuso de los

⁹⁸ Mignolo Walter en su ensayo *“La idea de América Latina. La herida colonial y la opción de colonia”* nos invita a comprender la noción de América Latina a partir de lo que denomina «excavación de los cimientos

imperios europeos denominada “colonización” decimonónica impuesta por la concepción occidental de países como España, Francia, Portugal o Inglaterra en los territorios conquistados (América-África).

Por otra parte, y desde la órbita de los Derechos Fundamentales entendidos como categoría jurídica-dogmática, sostengo que tres etapas han marcado la dimensión de la cuestión; así la primera se identifica con el reconocimiento de los mismos en instrumentos sin eficacia jurídica (Vgr. Declaraciones). Una segunda etapa se circunscribe a la adopción de documentos legales por parte de los Estados que van adquiriendo una verdadera relevancia jurídica con progresiva virtualidad directa en el ámbito interno de éstos. La tercera fase, comprendería una concepción actual de Derechos Fundamentales con una doble función: objetiva y subjetiva. La objetiva comprendería el catálogo de derechos positivizados mientras que la subjetiva implicaría la pretensión de reconocimiento y goce de prerrogativas no volcadas aún en un texto legal, o bien, que resulten ajenas a una protección expresa por parte del Estado, y que hacen al contenido mínimo de la propia dignidad humana.

En la actualidad la cuestión de la fundamentación de los Derechos Fundamentales en la óptica analizada, implica la ratificación constitucional de los mismos. En base a dicha noción, entiendo que la Constitución no se agotaría ya en el establecimiento de la organización del Estado. En los tiempos contemporáneos, la humanidad entera de la post guerra, se halla inmersa en un proceso de indispensable y notorio fortalecimiento de las medidas tutelares del ser humano en el plano supranacional, que se originó en los respectivos ámbitos internos por medio del reconocimiento normativo que tuvieron determinadas libertades fundamentales. Así, similar a la globalización de la economía, surge en forma

imperiales-coloniales». La idea de América Latina surge y existe como consecuencia de la expansión colonial europea. Para Mignolo, el descubrimiento e invención de América, en la perspectiva del mundo moderno europeo, representa el componente colonial de la modernidad. Europa asume un rol hegemónico imponiendo su sistema político, económico y religioso, avasallando la identidad cultural indígena y colocándola en un sentido de inferioridad. El autor plantea la necesidad de que el proyecto moderno sea “descolonizado”, es decir que el protagonismo europeo quede de lado, para que se construya una noción propia de América. Con el fin de comprender la producción de su propia concepción y conocimiento, se deben redescubrir las culturas indígenas y mestizas, abandonando la interpretación prevaleciente de la Europa decimonónica.

paralela lo concerniente a la diseminación de la defensa de los derechos fundamentales. El proceso actual de globalización en materia de protección de tales libertades ha requerido necesaria y previamente de una revisión del rígido concepto de soberanía nacional que, si bien tiene un sólido fundamento jurídico en la defensa de las nacionalidades, no puede invocarse, con pretensiones de impunidad, cuando se atenta contra los derechos esenciales de la persona. Este proceso de globalización de los Derechos Fundamentales se encuentra en plena evolución. El ser humano es ontológicamente el mismo con prescindencia del lugar donde haya nacido, de sus características étnicas, religión o credo político y del lugar donde habite. Por ello, simplemente por ser tal, merece protección jurídica internacional. Es su calidad ontológica, su inherente dignidad de ser libre, la que lo exige y reclama.

Ferrajoli insiste en diferenciar los derechos fundamentales del hombre de los derechos de ciudadanía, otrora signos de inclusión o igualación, ahora excluyentes y discriminatorios. Hace siglos, el derecho de circulación, de residencia, de migración, sirvió para legitimar la conquista, colonización y explotación del nuevo mundo y del planeta, bajo las premisas impuestas por la civilización europeo-occidental⁹⁹. Ahora sirven para evitar la molesta inmigración a los países desarrollados.

Los derechos fundamentales, como leyes del más débil, tutelan a la persona en toda su dimensión. Sin embargo, actualmente aspectos concernientes al resguardo de la mujer desde la visión de género, a la minoridad, de la autonomía de la voluntad y de la libertad religiosa, a los derechos de grupos minoritarios nacionales y culturales, a las soluciones pacíficas al hambre, a la pobreza rural y al manejo sostenible de los recursos naturales, al acceso a la tierra y al agua, al reconocimiento y respeto los derechos ancestrales y consuetudinarios de los

⁹⁹ Existió en América Latina del siglo XIX, un divorcio entre el derecho y la realidad social, producto de la manera que se propagó el dominio y la idiosincrasia europea, la que fue fuertemente internalizada por el criollo. Por un lado las constituciones basadas en el modelo de las declaraciones americana y francesa y por el otro el no reconocimiento a los pueblos originarios. *“El ibérico y el francés no tuvieron piedad para el “inferior” colonizado, igual o peor crueldad mostraron nuestras oligarquías criollas, que ahogaron en sangre -cuantas veces pudieron- todo reclamo de justos Derechos Humanos, racionalizando sus genocidios con argumentos extraídos del “racismo” positivista de la “ciencia europea”, sostiene María Luisa Bartolomei, en “Unidad y diversidad en la Conceptualización de los Derechos Humanos: Diversidad cultural y social en América Latina”*

pueblos indígenas y de las comunidades campesinas, a la efectiva vigencia de las garantías penales en todos sus órdenes y a la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, surgen como materias pendientes de reconocimiento en algunos casos y de consolidación en otros.

Quizás en la actualidad una de las mayores preocupaciones para la dogmática de los derechos humanos, más que una escalada histórica de discusión sobre su origen filosófico, político, sociológico, es la de perfeccionar en el ámbito internacional la tutela de los mismos, toda vez que vitales urgencias que se entroncan con el concepto propio de la dignidad de la persona como ser libre, así lo ameritan.

Luigi Ferrajoli ha elaborado durante los últimos años una teoría de los derechos fundamentales integrada en una teoría más general del Derecho y de la democracia. Reconoce como derechos fundamentales, el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad.

Para este autor, la conquista más importante del derecho contemporáneo es la regulación jurídica del derecho positivo mismo. Propone un constitucionalismo mundial, en el cual los derechos humanos sean universales, transformando las limitaciones impuestas por la ciudadanía a los derechos de personalidad, circulación y residencia.

“Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil, la historia del constitucionalismo, es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos, una historia no teórica sino social y política dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales. Las grandes revoluciones americana y francesa los movimientos por los estatutos y en fin las luchas obreras, feministas, pacifistas, indigenistas y ecologistas de este siglo.”¹⁰⁰

Se pueden señalar tres características típicas de los derechos humanos:¹⁰¹

¹⁰⁰ Ferrajoli Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2007

¹⁰¹ Aquí me refiero específicamente a derechos humanos y no a derechos fundamentales, debo aclarar que todos los derechos fundamentales son derechos humanos pero no todos los derechos humanos son derechos fundamentales. En el entendimiento que la idea de derechos fundamentales es un concepto de uso exclusivo del derecho constitucional, es decir derechos humanos positivados en la Constitución.

- 1) universales: se adscriben a todos los hombres y mujeres, con independencia del sistema jurídico en que existan
- 2) absolutos: tienen una fuerza e importancia sobresaliente debida al estado de cosas que protegen, desplazan a otros requerimientos morales y sólo entran en conflicto con otros derechos humanos
- 3) inalienables: sus titulares no pueden renunciar a ellos, tiene obligación de respetarlos no sólo en los demás, sino también en sí mismo.

2.4 Generaciones de Derechos humanos

Los derechos humanos se han convertido en el parámetro clave de nuestro desarrollo civilizatorio, legitimando a un sistema social en función de su reconocimiento y aplicación práctica. En dicho proceso de desarrollo se habla de generaciones de derechos humanos, en razón de que poco a poco se han ido reconociendo formalmente y aplicando en un cierto iter cronológico que en la actualidad aún no ha cesado.

Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, como ya dije nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII.¹⁰²

El creador de la noción generacional de los derechos humanos es el checoslovaco Karel Vasak, ex Director de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO. Vasak, quien se había radicado en París, introdujo el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo celebrada en el año 1979. Su inspiración fue la de la bandera francesa, es decir, “libertad, igualdad y fraternidad”, sustituyendo esta última con mayor acierto por la presencia del valor “solidaridad”. La idea refleja el orden temporal sucesivo (de

¹⁰² Peces-Barba, G Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Mezquita, Madrid, 1982

ahí lo generacional) del reconocimiento internacional de los derechos humanos, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario¹⁰³.

La primera generación de Derechos Humanos de marcada impronta individualista, condensa los denominados derechos civiles y políticos, dirigidos a proteger la libertad, seguridad, la integridad física y psíquica de los individuos en forma exclusiva. Su origen deriva del Bill of Rights norteamericano de 1776 y de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano del año 1789. Son considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa.

La segunda generación de Derechos Humanos, inspirada por la paulatina sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho, incorpora los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo referencia a la necesidad que tiene el hombre de desarrollarse como ser social en igualdad de condiciones. Nacen a raíz del capitalismo y de lo que se ha conocido como “la explotación del hombre por el hombre”. Su primera incorporación la encontramos en la Constitución mexicana de Querétaro del año 1917, siendo desarrollada también tanto por la Constitución de la República Socialista Federativa de Rusia del año 1918 y por la Constitución de la República de Weimar de 1919. El derecho a la educación, a la salud, al trabajo, seguridad social, asociación, huelga y derecho a la familia, forman parte de esta segunda generación de Derechos Humanos. Esta segunda categoría de derechos humanos se traduce en derechos de participación, en razón de que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de prestaciones y servicios públicos. Son invocables por el ciudadano ante el Estado al asumir éste último no ya el papel de garante sino en su cometido de realización de los objetivos sociales, siendo de satisfacción progresiva de acuerdo a las posibilidades económicas del mismo.¹⁰⁴

¹⁰³ González Álvarez, Roberto en “Aproximaciones a los *Derechos Humanos* de Cuarta Generación” <http://www.sopecj.org/rgaddhh.pdf>

¹⁰⁴ Loperena Rota, Demetrio, “Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección” en Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, Nº 6.

Los derechos humanos tanto de primera como de segunda generación fueron incorporados en las constituciones de diversos Estados, pero no pasaban de ser parte del derecho interno de los mismos. Dicha situación se modifica a partir de 1948, cuando a raíz de las crueldades cometidas en las dos guerras mundiales precedentes, y ante el fracaso de la Liga de las Naciones, el 10 de Diciembre de 1948 diversos países reunidos en el seno de la emergente Organización de las Naciones Unidas, suscriben la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta Declaración marcó el inicio de una era en pro de la codificación, reconocimiento, defensa y promoción de los derechos fundamentales de libertad, igualdad y fraternidad desarrollados desde la Revolución Francesa. Asimismo, la corriente de cambio iniciada con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sienta las bases para que en el año de 1966 se suscribiera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De esta forma, nace a la vida jurídica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los cual son entendidos como aquella rama del Derecho Internacional dirigida al establecimiento, promoción y protección de los individuos o grupos en el caso de violaciones a sus derechos fundamentales.

Téngase en cuenta que para este momento histórico, debido a la coyuntura socio-política mundial, a los conflictos internacionales, a la economía de pos-guerra y al pensamiento de mitad de siglo XX, el principal objetivo fue iniciar un movimiento para la protección inicial de los derechos civiles y políticos, así como también de los derechos económicos, sociales y culturales; o como lo he expuesto hasta aquí, los derechos de primera y de segunda generación.

En años posteriores, surge una nueva corriente de derechos respecto de los cuales, por sus características particulares, ya no es posible ubicar en ninguna de las dos anteriores. Dicha categoría comprende una tercera generación de Derechos Humanos, la cual nace fundamentalmente para corregir las graves injusticias que sufre la humanidad.

Dentro del catálogo de los denominados derechos humanos de tercera generación encontramos la protección del ambiente, el derecho a la paz, la libre determinación de los pueblos, el derecho a la comunicación, y el derecho al desarrollo sostenible, entre otros.

Se trata de derechos colectivos cuya protección se direcciona a la colectividad como ente autónomo al individuo en particular, visto como miembro de la misma. También son conocidos bajo la denominación de derechos de solidaridad por estar concebidos para la protección de bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad como tal, entendiendo por esta, no solo a las generaciones presentes sino que también a las generaciones futuras, por lo que en tal sentido exigen un esfuerzo responsable a escala universal, una sinergia o cooperación unitaria y altruista ajena a intereses egoístas.

En los derechos humanos de tercera generación el enfoque gira hacia el pueblo, el cual es visto como sujeto de reconocimiento de prerrogativas, que deja de lado no solamente al estado, sino también a la persona vista desde su individualidad. En este orden de ideas dado por esta nueva orientación del derecho internacional de los derechos humanos, no puede verse más a la legislación supranacional como un orden regulador interestatal, cuyos sujetos son precisamente los estados. Por el contrario, son los sujetos que conforman el pueblo los receptores de dichos derechos de orden moderno que tienden a contrarrestar la afectación a todas las dimensiones de la vida social.

Sin embargo, a diferencia de los derechos humanos de primera y segunda generación, al día de hoy, los derechos humanos de tercera generación no han sido tratados con la misma intensidad que sus antecesores, tanto en los instrumentos internacionales como en algunas legislaciones nacionales.

De acuerdo a la teoría de los derechos humanos, estos derechos de tercera generación, están dentro de la categoría de derechos de síntesis, pues para que se hagan efectivos es necesario que en ellos se sinteticen los de primera y segunda generación, en una interconexión necesaria. Por ello, quizá los derechos de tercera generación sean en realidad la materialización, concretización o especificación de los derechos de primera y segunda generación.

Algunos han caracterizado a la tercera generación de derechos humanos con el calificativo de "*Soft Rights*" o derechos blandos, por carecer de atribuciones tanto de juridicidad como de coercitividad. Lo anterior encuentra su justificación por la escasa positivización de los mismos en las Constituciones de los distintos Estados, lo que en cierta medida los ha convertido en categorías axiológicas superiores que forman parte de los Principios Generales del Derecho, que ayudan

a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento jurídico. La tarea de incorporarlos dentro de las distintas constituciones ha sido lenta, siendo el derecho al ambiente y el derecho al desarrollo los únicos que han tenido eco en una gran cantidad de cartas fundamentales.

2.5 Los derechos fundamentales en Argentina

En nuestro país, la incorporación de los derechos humanos fue producto del proceso histórico que atravesó la sociedad argentina democrática y la consecuente adecuación con las normas de la comunidad internacional.

“Es necesario reconocer que el fundamento, o mejor dicho la razón y los presupuestos de la estipulación jurídica de los derechos fundamentales, y en general del paradigma constitucional, son no ya la idea de la unidad moral del género humano, sino la opuesta de esa falta de unidad, así como la naturaleza no ya moral sino amoral o inmoral del hombre, sobre todo de los hombres titulares de poder. Es precisamente por el hecho de que la humanidad no está hermanada por la condisión de los mismos valores, sino que está por el contrario dividida por el pluralismo de los valores y de las respectivas culturas, que se requiere la convención jurídica sobre lo que no es lícito y sobre lo que es debido hacer, en tutela de los derechos de libertad y de los derechos sociales de todos. Y es precisamente la total heterogeneidad y la natural conflictividad entre culturas y valores distintos, lo que conforma el fundamento racional, hobbesiano, del constitucionalismo de los derechos, así como de la recíproca garantía de las diferencias, como condiciones para la convivencia pacífica y como alternativas a la guerra.”¹⁰⁵

En la Convención Constituyente que reformara la Constitución de la Nación en 1994 se entendió que los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, *erga omnes* y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del

¹⁰⁵ Ferrajoli Universalismo de los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo 2007

derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional. El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos y el Poder Judicial debe estar al servicio de un recurso ágil y rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional. De esta manera, la República Argentina da su consentimiento en obligarse por los tratados de derechos humanos universales y regionales, por todos aquellos que protegen un derecho en particular.¹⁰⁶

¿Qué derechos se incorporan con los tratados que se han enunciado en el dictamen de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales a la Constitución Nacional? Se incorpora la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer —una verdadera carta magna de los derechos humanos de las mujeres—, la Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y los futuros tratados y convenciones, hoy vigentes pero no enumerados y los tratados futuros que quiera incorporar la Argentina podrán tener jerarquía internacional.

¿Cuáles son los derechos enumerados en estos tratados? La libertad, la igualdad y la dignidad; el derecho a la vida, a las condiciones de vida; la abolición de la

¹⁰⁶ Extracto del Convencional Constituyente Juan Pablo Cafiero en la 22ª Reunión 3ª sesión ordinaria

esclavitud y la servidumbre; la abolición de la tortura en su grado de tentativa; la responsabilidad del Estado frente a la extradición de torturadores; el auxilio del Estado; la educación a las fuerzas de seguridad; las acciones judiciales y la indemnización en su caso; el reconocimiento de la personalidad jurídica; la lucha contra la discriminación, la discriminación racial, la discriminación de la mujer; los recursos ante la Justicia —ante la Justicia Penal—; la libertad personal, la integridad de la persona, la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, la honra y reputación; la libertad para entrar, salir y fijar residencia, el asilo; el derecho a la nacionalidad; el derecho a casarse y fundar una familia; a la propiedad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de opinión y expresión; a la libertad de reunión y asociación; a la participación; al voto libre; al acceso igual a los cargos públicos; a la seguridad social; al trabajo; el salario; a la sindicalización; al nivel de vida; a la protección social de la vejez; a la educación; a la cultura; al progreso científico; a la protección de la ciencia, la literatura y el arte; a los deberes del individuo hacia la comunidad; a los derechos de la mujer en estado de lactancia; a los niños, a la salud, vestimenta, alimentación, vivienda y asistencia médica; a la libre determinación de los pueblos; a la libre disposición de las riquezas naturales; a abolir para siempre la pena de muerte, al régimen de cárceles, a la indemnización por error judicial, a prohibir y castigar la propaganda en favor de la guerra o a favor del odio racial o el terrorismo mundial, el derecho a reunión, a la asociación, a la lucha contra el genocidio, a la identidad contra los malos tratos y en favor de las personas impedidas.¹⁰⁷

Por consiguiente la Constitución Argentina legisla sobre derechos fundamentales en su primera parte titulada "Declaraciones, derechos y garantías" en el artículo 75 inciso 22, donde se encuentran incluidos los siguientes tratados con rango constitucional:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

¹⁰⁷ Extracto del debate Convencional Constituyente Juan Pablo Cafiero en la 22ª Reunión 3ª sesión ordinaria

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención Sobre los Derechos del Niño.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997).¹⁰⁸
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (2003).¹⁰⁹
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014).¹¹⁰

Según la Corte Suprema, los derechos reconocidos en la Constitución deben interpretarse armónicamente con los reconocidos en las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque. Como ordena el inciso 22 del artículo 75, estos instrumentos no pueden interpretarse de manera que eliminen o reduzcan la esfera de protección constitucional, sino que deben interpretarse

¹⁰⁸ Por Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997, el Congreso de la Nación otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la Constitución Nacional.

¹⁰⁹ Por Ley 25.778, aprobada el 20 de agosto de 2003, el Congreso de la Nación Argentina otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹¹⁰ Por Ley 27.044. Otórgase jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Infoleg. 11 de diciembre de 2014.

complementariamente, de modo que la concordancia entre los Tratados y la Constitución es un juicio constituyente. Así mismo, los instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque deben armonizarse entre sí, de manera que el Estado pueda responder adecuadamente a sus compromisos internacionales.¹¹¹

La entrada en vigencia de la Convención Americana dio una base legal internacional a los derechos humanos de los individuos y a las obligaciones de los Estados y estableció dos órganos de control: la Comisión, que siguió siendo la misma de 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹². Por lo que el Estado Nacional acepta la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los mismos tratados y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.6 Por los Derechos Humanos a los Derechos Indígenas

Según el enfoque de Ferrajoli los derechos fundamentales (o derechos humanos reconocidos constitucionalmente) protegen a todos, son un atributo de cada uno por igual. La universalidad e igualdad de los derechos fundamentales representan la principal garantía de las diferencias culturales reivindicadas por el multiculturalismo.

La década de los noventa del siglo veinte fue escenario de sucesos que han significado cambios políticos y conceptuales destacados que fueron materializados a través de modificaciones en las políticas de Estado en materia de derechos específicos en base a concepciones de etnicidad a partir de los cuales se genera cambios de gran importancia en el escenario político y social marcado por movimientos sociales portadores de nuevas consignas y demandas.

¹¹¹ En la causa "Monges, Analía M c/Universidad de Buenos Aires". Sentencia del 26.12.1996; considerandos 20-22.

¹¹² Medina Quiroga, Cecilia, "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana"

El constitucionalismo occidental nacido del modelo teórico del liberalismo fue evolucionando a lo largo de la historia. El constitucionalismo postula que el Estado debe ser un Estado de Derecho, un Estado que limita el poder de los gobernantes por medio de normas jurídicas, garantizando la soberanía del pueblo y respetando la dignidad humana. En nuestro país la incorporación de los derechos humanos a la Constitución Nacional fue producto del proceso histórico que atravesó la sociedad argentina democrática y la consecuente adecuación con las normas de la comunidad internacional, teniendo como base la supremacía del hombre y de su tutela como centro del ordenamiento jurídico.

Los derechos colectivos de los pueblos originarios se encuentran incorporados, en diversos grados según la situación, en nuestras discusiones políticas y jurídicas, más claramente a partir de las reformas de las Constituciones Latinoamericanas a finales de la década de los 80, principios de los 90.

En nuestro país se produjo una génesis inversa en la estructuración del orden jurídico específico sobre el tratamiento de la legislación con respecto a los indígenas. Primero surgieron leyes provinciales, luego la ley nacional y finalmente se ha incorporado todo este abanico legislativo a nuestra Carta Magna a través del art. 75 inc. 17,

“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”

“Artículo. 75 N’olesainhay: Inciso 17. Now’o lahaya wichi ta pajche i’pe honhatna Argentina. N’okhajyen thamil lakeyis wet n’ohw’enho n’ochufwenyhaj ta täthejlä iñhäj wichi ta lakeyis wet thämet w’enhathamejen; n’ow’o lahaya laka honhat-cha iwo tamsekayej ta yenthi m’ek ta itih law’et, iwoye m’ek ta itäfwñhatej lan’äyij wichi yämt’hilak thaichiñheltejen lan’ohyaj. Iwohiyet’alak n’otsañhet , n’ow’ast’hi, n’on’äyejo m’ek che nhumache che tume. Thämet n’äyij ihi che yämejthi m’ek ta kaka honhat isiyeja wet nithokej m’eñhei ta iwatlä. Provincias iwatläk iwoye m’ek ta pajche ilesayen”¹¹³

El impacto de la colonización europea sobre las tierras americanas luego de más de 500 años, mantiene en la actualidad consecuencias aprehensibles desde distintas perspectivas. En lo que respecta al territorio, a lo largo de la historia, los pueblos originarios fueron despojados de sus tierras y discriminados por su doble estigma de condición étnico-social y de derrotados militarmente. Los derechos por los que han luchado y luchan, se derivan de las circunstancias de destrucción y sometimiento sufridas por parte del conquistador-colonizador en toda América. Los países europeos, además de expandir su idiosincrasia cultural, impusieron su visión de América Latina y la narraron a su manera. Nosotros internalizamos esa visión. Por este motivo, además, tenemos serios conflictos en la construcción de un reconocimiento capaz de valorar al indígena y más aún entender y respetar (¿?) sus costumbres.

En la República Argentina, el Art. 2º de la Ley Nº 23.302 del año 1985 denomina comunidades indígenas a “los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”.¹¹⁴ La Constitución Nacional de 1994 amplía este

¹¹³ Traducción realizada por Silverio Perez: Docente Profesor de Lengua y Cultura Aborigen del Pueblo Wichi en la Escuela Provincial Educación Secundaria de la Modalidad EIB Aborigen Nº2 El Potrillo – Departamento de Ramon Lista Formosa Citado en El derecho de los pueblos indígenas de Eulogio Frites, 2011

¹¹⁴ Ley 23.302 sancionada 30 de setiembre de 1985. Promulgada 8 de noviembre de 1985: Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes

concepto y habla de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, integrando la tipificación al conjunto de la cultura, es decir sus usos, costumbres, tradiciones, lengua.

2.7 Derechos de los Pueblos Originarios. Su evolución

Los aspectos concernientes al reconocimiento, alcance y efectivo goce de los más elementales derechos de los pueblos originarios, constituyen materias de interesantes debates.

En dicho contexto, existen actualmente serios conflictos para integrar desde una perspectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, toda la dimensión de los pueblos indígenas que integran el territorio americano¹¹⁵.

Su reconocimiento abarca más que una declamación de reparación formal a una ignorancia histórica, que se tradujo en un despojo espiritual, patrimonial, y a un aniquilamiento de un gran número de nativos de estas tierras, en épocas de la llegada a América de los colonizadores de la Corona Española. Por el contrario, implica la memoria de una forma de vida en comunidad que precedió incluso a los Estados americanos y se inserta en una perspectiva de respeto a un enfoque multicultural, con repercusiones en el ámbito de la identidad cultural, la posesión de la tierra, el ordenamiento territorial, y la gestión de recursos naturales para la satisfacción de necesidades básicas. Se trata también contemporáneamente, de un tamiz protector a la gran demanda que existe en muchos casos sobre sus tierras para la extracción de recursos (ganadería, explotación maderera, agricultura comercial, minería), y el desarrollo de infraestructura (construcción de caminos, represas).

¹¹⁵ Reforzando ello, y reconociendo que los pueblos indígenas y tribales resultan materia expuesta de discriminaciones de distinto orden, el primer principio general y fundamental del Convenio N° 169 es la no discriminación. El artículo 3 del Convenio determina que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

“Nuestra América es un continente que fue colonizado en la época del desarrollo del capitalismo en Europa; condición que explica, en gran parte, el fenómeno indígena y sus características actuales (...). El resultado social no fue la polarización entre indios y españoles, sino más bien la construcción de sociedades de tipo piramidal, en cuya base se encontraban los indígenas en condiciones de explotación, discriminación y represión despiadada e inmisericorde”¹¹⁶

De ello se sigue que los colonizadores europeos que impusieron su visión de América Latina y la narraron a su manera, crearon serios conflictos en la construcción de un reconocimiento capaz de integrar al indígena como pasado, presente y futuro.

2.8 Constitucionalismo: ¿primer reconocimiento?

El fundamento y naturaleza de la revolución hispanoamericana fue la democrática retroversión de la soberanía al pueblo y la independencia de Estados. De esta manera surgieron distintas constituciones inspiradas en la declaración de la Independencia de EEUU. Sin embargo, la declaración de derechos de las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, que invocaban la revalorización de los derechos humanos influenciados por el pensamiento liberal francés, no tuvieron relación con la vida real de las poblaciones indígenas que vivían al margen del sistema jurídico. “Los indios, para el poder, estaban fuera de la política, fuera del Estado, fuera de la república, fuera del presente y de la historia”. Los indios simplemente no existían, estaban invisibilizados”¹¹⁷. El problema radicó en esas relaciones de poder.

“Las primeras constituciones de las repúblicas que se conformaron en América, a lo largo del primer y segundo tercio del siglo XIX, hablan del

¹¹⁶ Sandoval Forero, 2002. Citado por María Florencia Rossaro, en “La problemática del acceso a la titulación de las tierras aborígenes. Un estudio de caso comparativo en la región del Chaco”. Disponible on line en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo32/files/Ponencia_AEPA-rossaro-2007.pdf

¹¹⁷ Pueblos indígenas, estado y democracia, Pablo Dávalos

ciudadano pero en la acepción burguesa de los derechos políticos. Los indios simplemente no existen. El proyecto de la razón los había invisibilizado”¹¹⁸.

Antonio Annino (2005) invoca a Simón Bolívar quien en su *Carta de Jamaica* reconoció la intrincada situación política de los criollos, los cuales no eran “*ni indios ni europeos sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles*”¹¹⁹. Bolívar, quien tenía una visión negativa sobre la cuestión liberal la cual se basaba en un paradigma internacional, decía que la sociedad americana sería incapaz de vivir el constitucionalismo de las “nuevas libertades” a causa de una historia moral negativa, hija del “despotismo español”¹²⁰.

El fracaso para construir un imaginario nacional se debió a la dificultad del liberalismo para incorporar y recobrar el patriotismo colonial. Igual destino tuvieron los derechos fundamentales, condicionados por la influencia de “lo europeo, lo blanco, lo masculino”¹²¹.

Existió en América Latina del siglo XIX, un divorcio entre el derecho y la realidad social, producto de la manera que se propagó el dominio y la idiosincrasia europea, la que fue fuertemente internalizada por el criollo. Las constituciones basadas en el modelo de las declaraciones americana y francesa no tuvieron en general un reconocimiento a los pueblos originarios. María Luisa Bartolomei (2007) describe

“El ibérico y el francés no tuvieron piedad para el “inferior” colonizado. Igual o peor crueldad mostraron nuestras oligarquías criollas, que ahogaron en sangre -cuantas veces pudieron- todo reclamo de justos Derechos

¹¹⁸ Movimientos Indígenas en América Latina: el derecho a la palabra Pablo Dávalos

¹¹⁹ Annino, Antonio. El paradigma y la disputa(en *Relatos de la nación: la construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico*”, I. Iberoamericana, Madrid, 2005

¹²⁰ Idem

¹²¹ Comanducci, Paolo en “*Problemas de Compatibilidad entre Derechos Fundamentales*”, en “*Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal*”, Publicación de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba, Abril de 2002

Humanos, racionalizando sus genocidios con argumentos extraídos del “racismo” positivista de la “ciencia europea”.¹²²

La misma autora hace un breve repaso de las graves consecuencias de la colonización europea en América Latina y la concepción de los derechos humanos. Para graficar la problemática sostuvo que

“la depredación sistemática de América y de África, llevada a cabo por la civilización más genocida de la historia, fue históricamente la más masiva y terrible violación a todos los Derechos Humanos. El poder colonial europeo acabó con los indios de América del Norte y en buena proporción también con los del resto de América. Destruyó ciudades que tenían tantos habitantes como Madrid o Lisboa y despreció la vida del indio e ignoró su cultura”.¹²³

Martínez Sarasola (2013) sostiene que durante décadas se negó la condición de pobladores anteriores al Estado nacional y la invisibilización de sus culturas. Este investigador explica acabadamente la situación de los indígenas en nuestro país y el cambio que empieza a revertirse en los años 80, en sintonía con los cambios políticos producidos en toda América Latina¹²⁴

Cabe acotar que el surgimiento de una legislación favorable no significó la generación de mejores condiciones de vida y desarrollo de los pueblos preexistentes. Si en la realidad no se los reconoce, podemos decir que ese reconocimiento queda en un simple anhelo. Entonces, las primeras constituciones fueron letra muerta para los pueblos originarios.

¹²² Bartolomei María Luisa- Unidad y diversidad en la Conceptualización de los Derechos Humanos: Diversidad cultural y social en América Latina

¹²³ Bartolomei María Luisa en “Universalismo y diversidad cultural en América Latina”

¹²⁴ Martínez Sarasola; Carlos. Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina, coordinado por Tomás Lambré, edición literaria a cargo de Carlos Santos Sáez, 1° ed., 1° reimp. Buenos Aires, Del Nuevo Extremo

2.9 Constitución Nacional. Interpretación del Artículo 75 Inc. 17.

La interpretación jurídica en sí misma es la indagación del significado de los textos normativos. Cabe dedicarme primeramente a analizar en profundidad el articulado de la Constitución Nacional que reconoce a los pueblos originarios.

Haré una revisión sistemática contextual de los conceptos del articulado en los debates que presidieron a la mentada incorporación del art. 75 inc. 17 para conocer su historia y la situación que le dieron origen, para entender el espíritu y la intención del convencional constituyente. Los contextos donde se gestan las reformas imponen sus tensiones y sus contradicciones a los textos constitucionales.

2.9.1 Ubicación del artículo de reconocimiento

El constituyente incorporó el artículo de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17) en el capítulo cuarto de la sección primera del título primero de la segunda parte de la Constitución Nacional que versa sobre las atribuciones del congreso

¿Por qué no fueron incorporados en la parte dogmática de la Constitución que hace referencia a los nuevos derechos y garantías?

La ley declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional habilitó solo la modificación del art. 67 inc. 15, donde existía una referencia previa a los aborígenes en la parte de las atribuciones del poder legislativo. De todas formas, que sea una facultad del Congreso el dictado de leyes que reconozcan el alcance de su reconocimiento no condiciona el expreso reconocimiento que la Constitución hace en el mismo art. 75 inc. 17.

2.9.2 "Preexistencia"

El reconocimiento de la preexistencia sugiere reflexiones del constituyente que a priori asume la existencia de instituciones indígenas previas a la constitución del Estado Nacional. Así en el debate parlamentario se refirieron:

“...Uno de los puntos fundamentales de discusión que se produjo en las comisiones ya citadas respecto de este tema fue el de reconocer la

"existencia" o la "preexistencia" de los pueblos indígenas, y en ese sentido, permítaseme coincidir con lo expuesto por el convencional Hitters en el debate de la Comisión de Redacción respecto a que estos términos no provocan diferencias jurídicas substanciales. De ese hecho, prácticamente constatable, no deriva ni puede derivar ningún consecuente jurídico ni político. Porque atendiendo al hecho absolutamente incontestable de que nadie está discutiendo aquí que los pueblos indígenas preexisten, desde un punto de vista histórico, real y concreto, a la organización de la Nación, quiero destacar que el texto debe mantener el rigor que la actitud de los señores convencionales ha buscado a lo largo de todo el trabajo de comisiones...."¹²⁵.

Históricamente está comprobado que los pueblos indígenas vivían en lo que constituye el actual territorio argentino desde varios miles de años antes de la llegada de los españoles, los antecedentes de la historia institucional demuestran claramente un trato con los indígenas a los que se les reconoce status jurídico propio como el de quien tiene capacidad para relacionarse en un pie de igualdad y con pretendida eficacia jurídica. Dicho reconocimiento es evidente a partir del hecho de que muchas de las proclamas revolucionarias de 1810, las actas de la Asamblea del año 1813 y la Declaración de la Independencia del año 1816 fueron publicadas en algunas de las lenguas indígenas que se hablaban en el territorio del antiguo Virreinato.

El mismo antiguo artículo 67, inciso 15 de la CN "conservar el trato pacífico con los indios" fue un reconocimiento explícito de su preexistencia.

Sin lugar a dudas los pueblos indígenas y por ende su cultura, son preexistentes a la conformación del Estado nacional ya que fueron preexistentes a la conquista española.

¹²⁵ Debate parlamentario de Rodolfo Díaz, convencional constituyente

2.9.3 “Cultura”

Cuando nos referimos a la cultura, “estamos hablando de todas las formas humanas de producción individual y reproducción social”.¹²⁶

Hablar de cultura es hablar de ámbitos bastante complejos y de una multiplicidad de campos.

La antropóloga Lourdes Arispez (2006)¹²⁷ considera que la cultura es un concepto polisémico, que tiene diversos significados, por lo que su aplicación en el texto constitucional merece algunas consideraciones.

Es necesario precisar cuál de sus acepciones es la que fundamenta el articulado constitucional.

“...Cada generación de cualquier grupo étnico recibe un legado cultural de sus mayores y construye a partir de él un nuevo perfil de identidad concordante con la situación histórica en la que se encuentra. Los rasgos culturales que señalan los límites del grupo son aquellos que resultan significativos para sus miembros....”¹²⁸

Para los efectos constitucionales se interpreta que la cultura involucra el reconocimiento de diferentes sistemas de comunicación, conjuntos de valores y significados compartidos, adaptados y transmitidos de generación en generación. Pero este concepto de cultura en el articulado se extiende asimismo al reconocimiento de diferentes instituciones y sistemas jurídicos como a la íntima relación tierra hábitat-cultura.

Nuestra Suprema Corte de Justicia expresó que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas -citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos-corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser éstos su principal medio de

¹²⁶ Floresmilo Simbaña. Plurinacionalidad y derechos colectivos en Pueblos indígenas, en Dávalos Pablo (Comp.), Pueblos indígenas, Estado y democracia, Buenos Aires, Clacso, 2005

¹²⁷ En Culturas en movimiento. Interactividad cultural y procesos globales

¹²⁸ Debate parlamentario de Dora Rocha de Feldman convencional constituyente

subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende de su identidad cultural”.

2.9.4 “Etnicidad”

En el articulado se le atribuye al Poder Legislativo la facultad de garantizar el respeto a la identidad. Esa identidad se refiere al reconocimiento particular de la etnicidad.

“...los miembros de un grupo étnico poseen un patrimonio cultural que les es propio y exclusivo y tiene la capacidad de control sobre él. Si el grupo está en condiciones de producir y reproducir aunque sea una parte de su cultura, aún en condiciones de contacto o sometimiento a otros grupos, podrá establecer los principios de identidad y sobrevivir como grupo diferenciado. Por lo tanto la identidad étnica se manifiesta a nivel individual y colectivo y expresa la pertenencia y la aceptación correspondiente a un determinado grupo étnico.”¹²⁹.

La identidad étnica engloba el ejercicio de la cultura propia.

Claudia Briones (1998) sostiene que

“En la medida en que la etnicidad asocia la idea de que entidades culturalmente marcadas forman parte de sistemas más amplios, se deposita un énfasis teórico notable en la noción de identidad como categoría de análisis apta para reconocer y dar cabida a múltiples formas de otredad.”¹³⁰

Esta autora propone una mirada de la etnicidad como parte de procesos de producción cultural más amplios.

¹²⁹ Idem

¹³⁰ Briones Claudia. La alteridad del cuarto mundo. Una desconstrucción antropológica de la diferencia

2.9.5 “Pueblos indígenas argentinos”

El antecedente inmediato que se tiene de esta acepción es el art. 1. 1 b del Convenio 169 de la OIT (1989) que considera “pueblos” en países independientes a los indígenas que habitan en ellos y que descienden de poblaciones de la época de la colonia.

Se reconoce a los pueblos indígenas como entidades colectivas, como construcciones colectivas que a lo largo de la historia han producido un tesoro étnico y cultural. Se consideró el pueblo indígena como comunidad colectiva, inescindiblemente constitutiva de la Nación.

La ley 23.302 de 1985 habla sobre comunidades aborígenes, esta fórmula en la Constitución se extiende a pueblo indígena argentino. Evidentemente la intención del convencional constituyente es la de otorgar status de sujeto de derecho a las comunidades de los pueblos indígenas, como ente colectivo especial.

“.....en nuestro concepto el vocablo pueblo se corresponde con la idea de grupo étnico y un tipo de organización social que se conforma en torno a una identidad diferenciada y contrastiva, como un sistema que define las relaciones sociales entre los miembros del grupo y entre éstos y quienes no lo son. Nos hemos apoyado en este sentido en la definiciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU que en 1992 elaboró la Declaración de derechos de personas que pertenecen a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas y también en el Convenio 169 de la OIT y nuestra propia ley 24.071/92 que afirmaron el término pueblos como símil de poblaciones en función de definir en particular a una minoría acreedora de derechos históricos por haber sido víctima de invasiones, conquista y despojo territorial; minorías cuyos antepasados fueron sojuzgados contra su voluntad....”¹³¹

Asimismo se habla de indígena reemplazando el vocablo indios del antiguo art. 67 inc. 15. El término indígena tiene raíz latina y significa “originarios del país”. Indio nos remonta a la acepción dada por los españoles al haber creído llegar a las Indias. Martínez Sarasola (2013) sostiene que hoy es correcto utilizar estos cuatro

¹³¹ Idem

términos; originario e indígena, aborígen e indio.¹³²

El convencional constituyente incorporó “argentinos” para delimitar el espacio geográfico de los pueblos indígenas, el que conforma la jurisdicción del Estado argentino. Más allá del doble status que presentan los indígenas, miembros de un determinado pueblo –aymara, wichí, mapuche, toba, etc.- y ciudadanos del Estado argentino; lo cierto es que al hablar de preexistencia se hace mención a la prelación en el tiempo de los pueblos originarios con respecto a la construcción del Estado nacional. Por ello, considero que el convencional constituyente contempló su preexistencia pero a la vez no dejó de considerarlos ciudadanos argentinos, limitando su autonomía como “pueblo”.

2.9.6 “Comunidad”

Smith (1996) considera

“características definitorias de una "comunidad étnica", un nombre propio en común, mitos de ascendencia compartida, memoria histórica, uno o más elementos culturales distintivos, la asociación con un territorio dado, y un sentido de solidaridad social que hace a los miembros conscientes de sus características compartidas”¹³³.

Se entiende, de acuerdo a los antecedentes, que el uso que se hace del concepto de comunidad en el articulado recoge el sentido de unidad sociopolítica que engloba la conservación y generación de sus formas de organización social. Se acoge la acepción sin contradecir el significado que tuvo en el Derecho Indiano y fue asimilada por la Ley N° 23.302 del año 1985 que denomina comunidades indígenas a “*los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la*

¹³² Martínez Sarasola, Carlos. Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina, coordinado por Tomás Lambré, edición literaria a cargo de Carlos Santos Sáez, 1° ed., 1° reimp. Buenos Aires, Del Nuevo Extremo

¹³³ Smith, C. "Myths, intellectuals and race/class/gender distinctions in the formation of Latin American nations." En *Journal of Latin American Anthropology*. Special Issue: Mestizaje". Citado por Briones Claudia en *La alteridad del cuarto mundo. Una desconstrucción antropológica de la diferencia*

conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad".

2.9.7 "La tierra"- Su territorialidad

"...La propiedad de la tierra garantiza a los aborígenes la posibilidad de continuar preservando su acervo cultural..."¹³⁴

El convencional constituyente consideró el significado que tiene la tierra para los pueblos originarios en forma general. Por eso en el articulado trata también sobre la regulación del acceso a tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, lo que implica que se obliga atender las necesidades de los pueblos indígenas respecto de la tierra, ya que se tiene una concepción de la tierra como un eje organizador de la vida y no como un mero bien económico (Pachamama)¹³⁵.

Martínez Sarasola (2018) manifiesta que "El territorio es aquel espacio que se usa mas allá de donde esté asentada la comunidad, y muchas veces tiene que ver con cementerios, sitios sagrados, cuevas con pinturas rupestres, con lugares que utilizan y que no es estrictamente el espacio"¹³⁶

La tierra para los pueblos indígenas, su posesión y/o propiedad trasciende lo que significa la ocupación física y esto fue tenido en cuenta al reconocer explícitamente la propiedad comunitaria.

Cabe señalar que cuando se emplea el "término tierras se deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".¹³⁷ El territorio es el espacio que los pueblos indígenas comparten con los demás seres vivos en una relación directa como garantía de sustentabilidad, de libertad incondicional para la

¹³⁴ Debate parlamentario, María Cristina Figueroa, convencional constituyente

¹³⁵ Debate parlamentario, María Cristina Vallejos, convencional constituyente. Se refiere a la Pachamama, creencia exclusiva de los pueblos andinos.

¹³⁶ Entrevista póstuma con Carlos Martínez Sarasola, antropólogo, especialista en estudios indígenas y etnohistóricos de la Argentina. Pagina 12 de fecha 18 de junio de 2018

¹³⁷ Convenio No 169 OIT, artículo 13.1

manifestación de sus espiritualidades y culturas. Es el espacio vital del desarrollo y del ejercicio de todos sus derechos.

Al reconocer la propiedad comunitaria el convencional entendió que había que abrir un nuevo horizonte que hiciera posible recibir jurídicamente esta nueva figura.

2.9.8 “Personería jurídica”

La comunidad indígena entendida como unidad sociopolítica que engloba la conservación y generación de sus formas de organización social es un ente con personalidad jurídica, que debía estar explicitado en el articulado.

La personería jurídica confiere a las comunidades la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones en el marco de valores y costumbres propios e implica el respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre sus miembros, sus prácticas, sociales, tradiciones e instituciones.

Humberto Quiroga Lavié sostiene, en relación con el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades, así como la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan

“...Ambas determinaciones constitucionales son operativas. Porque si las comunidades ya tienen personería reconocida, en los términos previstos por el art. 2 de la ley 23.302 que también prevé el otorgamiento de dicha personería, es cuestión de hacer que se respete la ley. Y si no tienen aún personería, las comunidades que acrediten su condición de tal la pueden solicitar, primero ante la autoridad administrativa, luego ante la Justicia. Por supuesto que si se derogara el citado art. 2 de la ley nacional del indígena, ello no producirá ningún efecto, porque la regla constitucional que estamos comentando ya es operativa por sí misma”.¹³⁸

¹³⁸ Quiroga Lavie, Humberto. Constitución de la Nación Argentina Comentada, Zavallia Editor

2.10 El surgimiento de los reconocimientos normativos internacionales

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el año 1957 la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) adoptó el Convenio N° 107 relativo a poblaciones indígenas y tribales en países independientes. Posteriormente, y unos 30 años más tarde, bajo el entendimiento de que el entorno internacional de los pueblos indígenas había cambiado, la OIT revisó el Convenio N° 107 y en 1989, la Conferencia General adoptó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, más conocido como el “Convenio N° 169”, que entró en vigor en 1991. Desde su aplicación, dicho conjunto de normas ha jugado un papel crucial en la elaboración de las leyes y políticas nacionales en materia de los pueblos indígenas y tribales en diversos Estados del mundo.

El Convenio N° 169 de la OIT de 1989,-aprobado por nuestro país mediante Ley 24.071 del año 1992 y ratificado internacionalmente en el año 2000, recepta estándares internacionales concernientes a la ocupación de la tierra por parte de los pueblos originarios.

Condensa básicamente una serie de mandatos que obligan que los estados que los han ratificado, identifiquen los territorios indígenas y garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Asimismo, los signatarios deben salvaguardar los derechos indígenas de participar en el manejo de los recursos y su conservación, como así también de formular consultas con las comunidades en temas relacionados con la adopción de medidas legislativas o administrativas que los afectan, como también antes de proceder a la exploración o explotación de recursos naturales o del subsuelo.

Al respecto el Art. 7.1. del Convenio N° 169 de la OIT dice

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”

Dicha norma se entronca con el artículo 8.2. del mismo cuerpo legal que establece que

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los otros derechos humanos internacionalmente reconocidos....”

El Convenio señala además en su Art.8.3 que

“La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no debe impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

El artículo 13 del Convenio OIT 169, establece en el punto 1 que

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

A continuación el artículo 14 reconoce a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El artículo 15 prescribe que los derechos a los recursos naturales deberán protegerse especialmente y el artículo 16 prohíbe que sean trasladados de las tierras que ocupan, salvo con su consentimiento y con posibilidades de reubicación.

Por su parte, los procedimientos de queja son tramitados por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y por una comisión tripartita, a la cual las personas indígenas y sus organizaciones tienen acceso indirecto mediante la estructura tripartita de la OIT¹³⁹.

A su vez, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), celebrada en Río de Janeiro en 1992, aprobó el Programa 21, cuyo

¹³⁹ Stavenhagen Rodolfo “Los Pueblos Indígenas y sus Derechos”, Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Unesco, México, Pág. 17.

capítulo 26 otorga una posición central a las poblaciones indígenas como agentes significativos que deben ser incluidos en el programa sobre el medio ambiente. En el capítulo 26 se recomienda la protección a las tierras indígenas contra actividades que representen riesgos para el medio ambiente o que la población considere improcedentes desde los puntos de vista social y cultural. Los pueblos indígenas pueden requerir mayor control sobre sus tierras y sobre la ordenación de sus recursos. Los Estados deben adoptar leyes y políticas encaminadas a preservar las prácticas consuetudinarias y a proteger la propiedad indígena, en particular las ideas y los conocimientos. Deben permitir además que los pueblos indígenas participen activamente en la formulación de las leyes y políticas nacionales relacionadas con la ordenación de los recursos y otros procesos del desarrollo que pudieran afectarles. Desde entonces se han preparado una serie de instrumentos jurídicos de interés para los pueblos indígenas, tales como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Convención de Lucha contra la Desertificación y el establecimiento del Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques¹⁴⁰.

La Convención sobre la Diversidad Biológica, aprobada en Nairobi en 1992, y firmada por 141 países, en el párrafo j) de su artículo 8 reconoce a los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, como una contribución tanto a la conservación como al uso sostenible de la biodiversidad.-

En el 2007, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que reafirma la importancia de los principios y los enfoques establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

En el marco regional, pueden mencionarse la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, e instrumentos menores como 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

¹⁴⁰ Stavenhagen Rodolfo, Ob. Cit. Pág. 17.

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.

2.11 Tipos de Constituciones. Sus reformas. Ciclos.

Precedentemente se desarrolló cómo el Estado Argentino incorporó a nuestra carta magna el reconocimiento a los pueblos originarios.

Este reconocimiento especial se ha dado en toda Latinoamérica con diferentes matices en sus reformas constitucionales: constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural y constitucionalismo plurinacional.

El multiculturalismo está comúnmente asociado con el interculturalismo; sin embargo, ambos términos no son sinónimos. El multiculturalismo da cuenta de la existencia de la diversidad de culturas, mientras que la interculturalidad es la relación entre culturas basada en el respeto e igualdad a través del diálogo.

Raquel Yrigoyen¹⁴¹ describe tres ciclos en las reformas constitucionales de Latinoamérica:

El constitucionalismo multicultural es aquel basado en la afirmación de diversas culturas y su integración dentro de la identidad y carácter de Estado. Se desarrolló durante los años ochenta del siglo XX. Dos constituciones centroamericanas, la de Guatemala en 1985 y la de Nicaragua en 1987, se inscriben en este horizonte, buscando dar respuesta a las demandas indígenas, reconociendo la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe.¹⁴²

¹⁴¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización en El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI César Rodríguez Garavito coordinador

¹⁴² La Constitución Política de Guatemala dispone en su articulado con relación a los indígenas:

Artículo 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Artículo 67. Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

Artículo 68. Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Artículo 69. Traslación de trabajadores y su protección. Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades, serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan al pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.

Artículo 268. Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional: actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

La Constitución de Nicaragua reseña a los pueblos indígenas en:

Artículo. 5 Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedades; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos. El pluralismo político asegura la existencia y participación de todas las organizaciones políticas en los asuntos económicos, políticos, y sociales del país, sin restricción ideológica, excepto aquellos que pretenden el restablecimiento de todo tipo de dictadura o de cualquier sistema antidemocrático. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales, así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución. Las diferentes formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria deberán ser garantizadas y estimuladas sin discriminación para producir riquezas, y todas ellas dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social. Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto, se inhiere y proscribire todo tipo de acción política, militar, económica, cultural y religiosa, y la intervención en los asuntos internos de otros Estados. Reconoce el principio de solución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional, y proscribire el uso de armas nucleares y otros medios de destrucción masiva en conflictos internos e internacionales; asegura el asilo para los perseguidos políticos y rechaza toda subordinación de un Estado respecto a otro. Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado soberanamente. Nicaragua privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la Gran Patria Centroamericana.

Artículo 8 El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.

La Constitución de Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, toma algunos de los planteamientos que se debaten en la revisión del Convenio 107 de la OIT, por lo que se ubica en el limen del segundo ciclo.¹⁴³

Artículo 11 El español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley.

Artículo 90 Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.

Artículo 91 El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.

¹⁴³ Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de Brasil están consignados en un capítulo específico de la Carta de 1988 en el título VIII, "De la Orden Social", capítulo VIII, "De los Indios", además de otras disposiciones dispersas en todo el texto constitucional y un artículo en los dispositivos transitorios:

Art. 231. Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes. 1o. Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones. 2o. Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas. 3o. El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley. 4o. Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas imprescriptibles. 5o. Está prohibido el traslado de los grupos indígenas de sus tierras, salvo "ad referendum" del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en peligro su población, o en interés de la soberanía del país, después de deliberación del Congreso Nacional, garantizándose, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato después que cese el peligro. 6o. Son nulos y quedan extinguidos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvo por caso de relevante interés público de la Unión, según lo dispusiese una ley complementaria, no generando la nulidad y extinción derecho a indemnización o acciones contra la Unión, salvo en la forma de la ley, en lo referente a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe. 7o. No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el artículo 174, 3o. y 4o.

Art. 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses interviniendo el ministerio público en todos los actos del proceso.

El segundo ciclo de reformas, el constitucionalismo pluricultural, se desarrolló entre 1989 a 2005. En este ciclo, las constituciones afirman el derecho tanto individual como colectivo a la identidad y la diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y propagan además los conceptos de “nación multiétnica-multicultural” y de “Estado pluricultural”. Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, basados en la afirmación de su integración cultural dentro de la unidad del Estado proclamando la diversidad sobre la base de la igualdad.¹⁴⁴ Estos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación. Este modelo se expande en: Colombia (1991), México y Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y la Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999).¹⁴⁵

¹⁴⁴ Anaya, James Los pueblos indígenas y el Estado multicultural. En: Derechos humanos de los pueblos indígenas. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, 2006, p. 41.)

¹⁴⁵ La Constitución de Colombia con relación a la cuestión indígena cuenta con las siguientes disposiciones:

Art. 7º “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”

Art. 10º “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

Art. 246 “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Art. 329. La conformación de las entidades territoriales indígena se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. (Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.)

Art. 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por concejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las

siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Proveer las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señale la Constitución y la ley. (Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades).

La Constitución mexicana es amplia en su reconocimiento:

“Art. 2 La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutará y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos políticoelectorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales. IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución. VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que

habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley. VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas. VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público. B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos. II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación. III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil. IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos. V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria. VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen. VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización. VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos

indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas. IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas. Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

La Carta Magna de Paraguay tiene las siguientes disposiciones sobre la diversidad cultural:

Art. 62.- De los Pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Art. 63.- De la identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Art. 64.- De la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Art. 65.- Del Derecho a la participación. Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales.

Artículo 66.- De la educación y la asistencia. El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

Artículo 67.- De la exoneración Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley.

Artículo 140. – De los idiomas. El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación.

La Constitución de Perú tiene varias disposiciones:

Art. 2º “Toda persona tiene derecho: inc. 19 A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación....”

El Art. 17º dispone: “...El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional....”

El Art. 48º establece que “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

El Art. 89º regula las comunidades campesinas: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

El Art. 149º habla del derecho consuetudinario y las jurisdicciones: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”

La Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela se expresa con relación a las comunidades indígenas en varios de sus artículos:

Artículo 119: El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.

Artículo 120: El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.

Artículo 121: Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Artículo 122: Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

La adopción del multiculturalismo y los derechos indígenas en los años 90 se dio paralelamente a otras reformas constitucionales destinadas a facilitar la implementación de políticas neoliberales en el marco de la globalización. En la práctica, esto posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades económicas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial bastante similares a las del siglo XIX. Cabe resaltar que en este ciclo, Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico interno en sus textos constitucionales. Siendo la antesala del tercer ciclo, denominado constitucionalismo plurinacional que se da en el contexto de aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006-2009).

En este tercer ciclo de reformas, identificado como constitucionalismo plurinacional, Bolivia (2009)¹⁴⁶ y Ecuador (2008)¹⁴⁷ reconocen que los pueblos

Artículo 123: Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.

Artículo 124: Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

Artículo 125: Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.

Artículo 126: Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

¹⁴⁶ La Constitución de Bolivia reconoce la diversidad cultural plasmada en los siguientes artículos:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la

pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano. Art. 61º “Para ser Diputado se requiere:...4º Ser postulado por un partido político o directamente por agrupaciones ciudadanas y/o pueblos indígenas en la forma determinada por esta Constitución y las leyes”.

Artículo 5. I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 1. A existir libremente. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión. 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal. 4. A la libre determinación y territorialidad. 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios. 7. A la protección de sus lugares sagrados. 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios. 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo. 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales. 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros. 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.

Artículo 31. I. Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva. II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan.

Artículo 32. El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Artículo 289. La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

Artículo 290. I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley. II. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley.

Artículo 291. I. Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley. II. Dos o más pueblos indígenas originarios campesinos podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina.

Artículo 292. Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley.

Artículo 293. I. La autonomía indígena basada en territorios indígenas consolidados y aquellos en proceso, una vez consolidados, se constituirá por la voluntad expresada de su población en consulta en conformidad a sus normas y procedimientos propios como único requisito exigible. II. Si la conformación de una autonomía indígena originario campesina afectase límites de distritos municipales, el pueblo o nación indígena originario campesino y el gobierno municipal deberán acordar una nueva delimitación distrital. Si afectase límites municipales, deberá seguirse un procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones particulares que señale la Ley. III. La Ley establecerá requisitos mínimos de población y otros diferenciados para la constitución de autonomía indígena originario campesina. IV. Para constituir una autonomía indígena originario campesina cuyos territorios se encuentren en uno o más municipios, la ley señalará los mecanismos de articulación, coordinación y cooperación para el ejercicio de su gobierno.

Artículo 294. I. La decisión de constituir una autonomía indígena originario campesina se adoptará de acuerdo a las normas y procedimientos de consulta, conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la ley. II. La decisión de convertir un municipio en autonomía indígena originario campesina se adoptará mediante referendo conforme a los requisitos y condiciones establecidos por ley. III. En los municipios donde existan comunidades campesinas con estructuras organizativas propias que las articulen y con continuidad geográfica, podrá conformarse un nuevo municipio, siguiendo el procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación, previo cumplimiento de requisitos y condiciones conforme a la Constitución y la ley.

Artículo 295. I. Para conformar una región indígena originario campesina que afecte límites municipales deberá previamente seguirse un procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional cumpliendo los requisitos y condiciones particulares señalados por Ley. I. La agregación de municipios, distritos municipales y/o autonomías indígena originario campesinas para conformar una región indígena originario campesina, se decidirá mediante referendo y/o de acuerdo a sus normas y procedimientos de consulta según corresponda y conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la Ley.

Artículo 296. El gobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación o comunidad, establecidas en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley.

¹⁴⁷ Constitución de Ecuador se manifiesta con relación a los pueblos indígenas:

Artículo 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

Artículo 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad. 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social. 3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente. 4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo. 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes. 6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción.

Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. 8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. 9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. 10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. 11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. 12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. 13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. 14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley. 15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos

indígenas tienen derecho de auto-determinar su modo de vida y a expresar su cultura. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Se configuran como un Estado plurinacional con las siguientes implicancias: un nuevo tipo de institucionalidad estatal, una nueva organización territorial, la democracia intercultural, el pluralismo jurídico, la interculturalidad.

2.12 Comparación constitucional en el reconocimiento de los pueblos indígenas

humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Art. 241.- La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley.

Art. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.

De la revisión con las constituciones latinoamericanas es factible realizar una comparación con la Carta Magna Argentina teniendo en cuenta el contenido y formulación de los conceptos “pueblos indígenas” “diversidad cultural” “etnicidad” “personería jurídica” “participación” “propiedad” “derecho consuetudinario” “derechos lingüísticos” para así evaluar los alcances y protección.

Se puede colegir que existen diferencias formales y sustanciales, incluyendo la cantidad de artículos, la ubicación de éstos en el plexo constitucional, la formulación y la terminología empleada, el contenido y el alcance de las normas.

La Constitución de Colombia es la primera en esbozar su reconocimiento al pluralismo jurídico, donde existe la posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas que elaboren y apliquen leyes.

La Constitución de Bolivia con su última reforma ha pasado a ser la carta magna que mayor relevancia concede al derecho indígena, incluso por sobre los estándares internacionales, reconociendo a los pueblos indígenas en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena. Fundamentalmente establece 1) una cuota de parlamentarios indígenas, la que se establecerá por circunscripciones a definirse por ley. 2) Un sistema judicial indígena campesino, al mismo nivel que la justicia ordinaria, junto con un nuevo Tribunal Constitucional plurinacional que tendrá que elegir miembros de los dos sistemas. 3) El derecho a la autonomía y el autogobierno indígena, junto con el reconocimiento oficial de sus entidades territoriales e instituciones. 4) Propiedad exclusiva de los indígenas de los recursos forestales de su comunidad. Reconoce a la jurisdicción indígena como una jurisdicción especial al igual que la jurisdicción militar y la justicia de paz, en la cual deben existir relaciones de coordinación y subordinación con el sistema de justicia nacional.

En la Constitución de Ecuador, en su amplio reconocimiento y participación hace referencia a la pluriculturalidad para la formación de órganos de justicia “Los vocales del Tribunal Constitucional serán designados por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera: Uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas...”¹⁴⁸. Por otra parte, reconoce la

¹⁴⁸ Constitución Política de la República de Ecuador art. 275

jurisdicción indígena dentro de los territorios de los pueblos indígenas, estableciendo de esta manera la jurisdicción en razón del territorio y no de la persona. Establece que las decisiones adoptadas dentro del ámbito de la jurisdicción indígena deben ser respetadas por las autoridades públicas y deben prevalecer mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal. Para la Constitución Política del Perú, se reconoce la función jurisdiccional de las comunidades en sus tierras comunales de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que no vulneren derechos fundamentales reconocidos por la constitución. Este precepto constitucional obliga a establecer mecanismos de articulación con el Estado, especialmente con el sistema de administración de justicia estatal.

Podría decir que dentro del amplísimo espectro de derechos que ofrece la Constitución de la Nación Argentina, en otro plano, resulta tangencial en cuanto a su alcance en comparación con otras constituciones latinoamericana. Comprende once preceptos esenciales para las comunidades indígenas en una sola fracción constitucional. Es decir que en un solo artículo condensa lo que otras Constituciones latinoamericanas desarrollan extensamente dando operatividad a los derechos promulgados. Tal situación plantea la ardua tarea de interpretación y aplicación por parte del Poder Judicial.

2.13 El marco legal en Argentina, a lo largo de la historia

Nuestro sistema normativo contemplaba en la Constitución Originaria de 1853 el mandato de "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo",

Por su parte, luego de la reforma a la Carta Magna instaurada en el año 1994, la redacción actual del inciso 17 del art. 75, referido a las atribuciones del Congreso, le encomienda el deber de

“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”.

Al respecto, debe señalarse que en la sesión ordinaria celebrada el día 11 de Agosto de 1994 asistieron representantes de quince pueblos indígenas, encontrándose las etnias Mapuches, Diaguitas Calchaquíes, Pilagá, Wichi, Toba, Chorote, Mocoví, Guaraní, Calchaquíes, Huarpes, Chañes, Ranqueles, Tehuelches ,Mapuches y Onas¹⁴⁹.

A modo anecdótico, otro antecedente normativo de orden infra constitucional, es el Decreto ley 9.658/45 de Dirección de Tierras, de fecha 2 de mayo de 1945 (Boletín Oficial, 7 de mayo de 1945) el cual establecía en su Art. 9.º que *“en lo sucesivo no podrán dejarse sin efecto las reservas indígenas existentes en los territorios nacionales, ni reducirse ninguna superficie de tierra fiscal, ocupada o explotada por indígenas, hasta la fecha del presente decreto, cualquiera fuese su título de ocupación, sin el informe previo y favorable del Estado Mayor del Ejército y Comisión Honoraria de Reducciones de Indios. Cuando la superficie ocupada*

¹⁴⁹ Esta disposición fue aprobada por unanimidad por la Convención Nacional Constituyente el 11 de agosto de 1994. Por Secretaría se mencionaron las comunidades indígenas que presenciaron esa sesión: Pilagá, de Formosa; Wichi, de Formosa, Salta y Chaco; Toba, de Formosa, Salta, Chaco y Santa Fe; Mocoví, de Chaco y Santa Fe; Guaraní, de Misiones, Salta y Jujuy; Kolla, de Jujuy y Salta; Calchaquíes, de Salta, Tucumán y Catamarca; Huarpes, de San Juan; Chañés, de Salta; Tapiete, de Salta; Chorote, de Salta; Mapuches, de Neuquén, Río Negro y Chubut; Rankuches, de La Pampa; Tehuelches, de Chubut y Santa Cruz; y Onas, de Tierra del Fuego. Cf Alfredo Becerra, “Recopilación de Legislación argentina sobre pueblos indígenas, Normas nacionales y provinciales”, Congreso de la Nación, disponible en <http://www.voceroparlamentario.gov.ar/pdf/indigena.pdf>

por indígenas estuviere ubicada dentro de la zona de fronteras que determina el decreto ley 15.385 de junio 13 de 1944 deberá recabarse informe circunstanciado y fundado de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad”

Por su parte, la Ley 14.932 de Aprobación de convenios de la Conferencia Internacional del Trabajo; Protección e integración de las poblaciones indígenas, tribuales y semitribuales en los países independientes, del 10 de Noviembre de 1959 (publicada en el Boletín Oficial, 29 de Diciembre de 1959), aprobaba en su Art 1º el Convenio N° 107 de la OIT sobre Protección e integración de las poblaciones indígenas, tribuales y semitribuales en los países independientes.

La Ley N° 23.302 del 30 de Setiembre de 1985, publicada en el Boletín Oficial el 12 de Noviembre de 1985, prescribe en su Art. 1º

“Declarase de interés nacional la atención y 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. Asimismo, fijaba la implementación de planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes”.

A su vez, el Art. 2º, a más de definir el ya explicitado concepto de las comunidades indígenas, reconocía personería jurídica a las radicadas en el país, fijando en el Art. 3º los aspectos concernientes a la inscripción de las mismas. Por el Art. 5º se creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) como entidad descentralizada con participación indígena, con dependencia en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social.

El Art 7º, dispone la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Asimismo indica que las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las

zonas próximas más aptas para su desarrollo. La adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares. La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios.

El texto constitucional de 1853/60 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*". El contenido del texto constitucional se hallaba impregnado de la necesidad de lograr la plena "integración" del aborígen en la comunidad nacional, y desconocía toda dimensión colectiva de la propiedad indígena.

A posterior, y luego de sucesivas manifestaciones legales en el desarrollo del espectro legal interno de los pueblos indígenas que fueran mencionadas en párrafos anteriores, las leyes nacionales números 23.302 y 24.071, hicieron referencia a la cuestión de las poblaciones indígenas y a su relación con las tierras que ocupaban . Así, la Ley N° 23.302 (BO 12-11-85), reglamentada tres años después por Decreto N° 155/89 (BO 17-02-89), declaró de interés nacional la atención y el apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, como también su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la nación, respetando sus propios valores y modalidades. Dichos postulados, incluían 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, dicha normativa creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) como organismo descentralizado con participación indígena, de aplicación de la misma, con el fin de velar por el cumplimiento y consecución de sus objetivos.

Por su parte, la Ley N° 24.071 (BO 20-04-92) aprobó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en la ciudad de Ginebra en el año 1989, en el marco de la 76°. Reunión de la

Conferencia Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por nuestro país en el 3 de Julio de 2000, al efectivizar el depósito en sede internacional (Ginebra) del instrumento ratificatorio.

La reforma de la Constitución nacional del año 1994, con la sanción del artículo 75, inciso 17 que incorporó los derechos de los pueblos indígenas, constituyó un significativo avance en la política de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación Argentina. En los debates de la Convenio Constituyente de la Reforma Constitucional (1994) se hacía referencia: "...las Constituciones provinciales coinciden en reconocer al aborigen su identidad étnica y cultural que resulta del hecho de constituir grupos culturales anteriores a la creación del Estado Argentino. Así lo reconocen por ejemplo la Constitución de Salta cuando expresa que "La Provincia protege al aborigen por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración en la vida nacional y provincial..." (art.15), la de Jujuy: "La provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social" (art. 50), la del Chaco: "La Provincia protegerá al aborigen por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración en la vida nacional y provincial...", la de Formosa que "...reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural..." y la de Río Negro que "...reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente...". En todas ellas se reconoce a los aborígenes como grupos culturales con características y modalidades propias que deben ser respetadas y estimuladas. Asimismo se les reconoce el derecho a la tierra y el de vivir en comunidad a fin de que puedan así transmitir su cultura y conservar su memoria colectiva..."¹⁵⁰

La Ley N° 26160/06, de Reparación Histórica a las Comunidades Indígenas, declaró la emergencia en la posesión y propiedad de las tierras de las comunidades indígenas con el fin de evitar ejecución de sentencias sobre las mismas, actos procesales o administrativos por un tiempo determinado que luego se prorrogó hasta el año 2013 por Ley N° 26.554 (B.O. 11/12/2009). Nuevamente fue prorrogada por Ley N° 27400/17 hasta el año 2021. (B.O 23/11/17). En ese plazo, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) debe realizar entre otros

¹⁵⁰ Debate parlamentario, María Cristina Figueroa, convencional constituyente

cometidos, el relevamiento técnico y jurídico catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades originarias.

2.14 Marco legal en la provincia de Salta

Al abocarme a la situación en particular de la comunidad wichi con jurisdicción en la Provincia de Salta y al haber expuesto todo el bagaje legal relacionados a los pueblos originarios, debo hacer mención al Art. 15 de su Constitución Provincial que dice;

“Artículo 15: PUEBLOS INDIGENAS. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.”

La Carta Magna de Salta reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a

una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.

Asimismo las siguientes leyes provinciales contemplan la situación indígena:

Ley 4086/66 sobre Reservas Indígenas -tierras fiscales-colonización cooperativas; la cual autoriza al Poder Ejecutivo a la realización de los trabajos correspondientes para la reserva de tierras fiscales destinadas a poblaciones indígenas.

Ley N° 4517/72 Reserva Indígena Provincial.

Ley N° 5675/80 Convenio sobre la Formación de Secciones de Baqueanos Aborígenes.

Ley N° 6067/82 Convenio sobre Promoción Integral de Familias Aborígenes Chaqueñas.

La Ley 6373/86 de Promoción y Desarrollo del Aborigen. Creación del Instituto Provincial del Aborigen. Objetivos, incumbencias y organización. Este organismo fue reemplazado por el Instituto Provincial de los Pueblos Indígenas, vigente actualmente por la Ley N° 7121/00 creado como entidad autárquica y descentralizada, que se vincula directamente al Poder Ejecutivo para su funcionamiento. Su objetivo principal es promover el desarrollo pleno del indígena y de sus comunidades, fomentando su integración en la vida provincial y nacional.

Ley N° 6469/87: Regularización jurídica de asentamientos poblacionales. Posibilita a los ocupantes del Lote Fiscal N° 55, el acceso a la propiedad de la tierra con títulos de dominio perfectos.

Ley N° 6570/89: Ley de colonización de tierras fiscales. Se trata de una política de reordenamiento territorial cuyo objetivo explicitado es el aprovechamiento racional de los inmuebles rurales pertenecientes al dominio privado del Estado Provincial.

Ley N° 6681/92 Adhesión la Ley Nacional N° 23302. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.).

Ley N° 7001/98: Se declara la utilidad Pública y expropiación de inmueble denominado Finca Santa Victoria.

Ley N° 7543/08: Ordenamiento territorial de bosques nativos de la provincia de Salta. Considera al valor dado por las comunidades indígenas a las áreas boscosas y colindantes como uno de los criterios e indicadores de sustentabilidad ambiental para el establecimiento de las diferentes categorías de conservación.

Ley N° 7546/08: Ley de Educación de la Provincia. Establece la modalidad de educación intercultural y bilingüe.

Ley N° 7704/11 Traducción de la Constitución a Lenguas Indígenas que hoy habitan el suelo Salteño.

La incorporación de los derechos de los pueblos originarios en el articulado constitucional de la provincia de Salta, fue en la reforma del año 1998, haciéndose eco de las nuevas tendencias ideológicas-jurídicas sancionadas por organismos internacionales y el propio Estado nacional.

La provincia de Jujuy fue pionera en introducir en su Constitución cambios respecto a las políticas indígenas, en 1986. Luego hicieron lo propio los estados provinciales de Río Negro y Formosa, y luego en 1994 Buenos Aires, Chaco, La Pampa, Neuquén y Chubut.¹⁵¹

La cuestión indígena en la convención constituyente de la provincia de Salta de 1998 fue discutida e incorporada conservando en general los principios esenciales que rigen la Ley Suprema de la Nación.

¹⁵¹ Eberle Adriana, Iribarren Claudia El espíritu de la ley en las constituciones de los estados provinciales: un espacio de reconocimiento a los derechos indígenas. En conti.derhuman.jus.gov.ar › eberle_iribarren_mesa_6

2.15 ¿Acceso a justicia o acceso a la justicia?

Me permito hacer una distinción ya que el acceso a la justicia parecería que se limita al acceso al sistema judicial para plantear distintas pretensiones.

Según la Comisión Nacional de Acceso a Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el concepto de “acceso a justicia” es más amplio que el de “acceso a la justicia” ya que incluye una gran variedad de soluciones alternativas de disputas. Las políticas públicas tendientes a garantizar el acceso a justicia de las poblaciones más vulnerables se centran en ofrecer a la ciudadanía una variedad de métodos de resolución alternativa de conflictos con el objeto de que los propios afectados puedan encontrar vías de solución de disputas sin necesidad de que ello implique la apertura de un proceso judicial, que por lo general es largo y costoso.

Se entendería que el acceso a justicia está relacionado con la actuación del Estado en la aplicación de políticas públicas que permitan el acceso a la justicia. Esto implica desde la recepción de una denuncia en sede policial hasta el acceso físico a las instituciones administrativas y/o judiciales, así como facilitar la participación en el desarrollo de los procesos administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados, ya sea debido a las distancias geográficas o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos.

El acceso a justicia es considerado el derecho humano bisagra ya que es la puerta de entrada para el reclamo y reivindicación de los demás derechos. Es decir que el acceso a Justicia es un derecho humano básico sin el cual no es posible acceder a otros derechos ni reclamar por ellos. En tanto, si es considerado un derecho humano fundamental, éste debe representar para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provisto por el Estado para la resolución de sus controversias. Debe entenderse como el acceso a la resolución de conflictos por los medios más adecuados, no solo a través de un proceso y sentencia.

Es importante reiterar que una de las peculiaridades del acceso a justicia es su vinculación con el conjunto de los derechos y, en particular, con los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional y Provincial.

Este derecho al acceso a justicia, debe ser considerado desde varios aspectos ya que implica:

- Derecho a la tutela judicial efectiva, es decir el acceso propiamente dicho, la posibilidad de llegar al sistema judicial con la representación de un abogado
- Derecho al debido proceso judicial lo que significa la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial
- Derecho a las garantías judiciales o a los recursos internos efectivos, siendo los mismos, sin embargo considerados por la jurisprudencia en algunas oportunidades como dependientes de los derechos sustanciales reconocidos en las convenciones.

Está reconocido en Declaración Universal sobre DDHH art. 3, art. 11.1; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14 b y d.; Declaración Americana de DDHH art. 8, art.8.2 d); art. 8.2 e) ; CADH Art. 25 y 100 Reglas de Brasilia

En el artículo 25 de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), supone que las personas pueden acudir ante las instancias judiciales, administrativas o de otra índole, que sean competentes, e interponer los recursos correspondientes para proteger sus derechos frente a cualquier vulneración o para que sus derechos sean efectivamente reconocidos. Además este derecho está estrechamente relacionado con el derecho a contar con un juicio en el que se respeten las garantías mínimas del debido proceso, contenidas en el artículo 8 de la CADH y 14 del PIDCP.

Así los recursos a los que se refieren este derecho deberán ser desarrollados en un plazo razonable. La razonabilidad del plazo será medida en virtud de la complejidad del caso, la participación de las partes y la actuación de la autoridad.

Por otro lado, el derecho de acceso a justicia cumple con una importante función que es no dejar en la impunidad actos que atenten contra los DDHH de las personas, a fin de que no exista discriminación por raza, sexo, nacionalidad, condición social, opción política, religión, edad u otra condición. En este sentido, el derecho a la justicia también implica que se investigue debidamente, se procese con las debidas garantías y, de comprobarse en los procesos la responsabilidad de los implicados, éstos sean sancionados según corresponda. La Asamblea General de la OEA en junio de 2011 en El Salvador aprobó Resolución 2656. Este instrumento normativo es de vital importancia ya que es el primero de estas características aprobado por la OEA que aborda el tema del acceso a justicia como derecho autónomo que permite ejercer y proteger otros derechos. Asimismo promueve el rol de la defensa pública como herramienta indiscutible y eficaz para garantizar el acceso a la justicia de aquellos más vulnerables:.

“Garantías para el Acceso a la Justicia. El rol de los Defensores Públicos Oficiales: RECORDANDO que de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y teniendo presentes todas las disposiciones aplicables del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación, los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser respetados, sin hacer distinción alguna; RECORDANDO TAMBIÉN que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de los Estados Parte de dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. El artículo 14 dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, de este derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; DESTACANDO que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 8.2.e el Derecho irrenunciable de ser asistido por

un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; AFIRMANDO el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos; AFIRMANDO TAMBIÉN que los Estados Miembros tienen la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de los que son parte y en sus legislaciones internas, eliminando los obstáculos que afecten o limiten el acceso a la defensa pública, de manera tal que se asegure el libre y pleno acceso a la justicia; CONSIDERANDO que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, asimismo, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados, a la vez que subraya que el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el estado de derecho, como el juicio justo y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia; TENIENDO PRESENTE: La Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuyo párrafo 9 establece que el acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos los casos; y Las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, República Federativa del Brasil, 2008), destinadas a garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, a fin de que dichas personas puedan gozar plenamente de los servicios del sistema judicial; que promueven además la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas; DESTACANDO la labor que desarrollan los Defensores Públicos Oficiales en diversos países del Hemisferio en la defensa de los derechos fundamentales de los individuos, específicamente, los servicios de asistencia letrada gratuita que permiten el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de

vulnerabilidad; TENIENDO EN CUENTA la importancia fundamental de que ese servicio goce de independencia y autonomía funcional, y TOMANDO NOTA CON SUMA SATISFACCIÓN de la implementación de la figura del “Defensor Público Interamericano” y del Acuerdo de Entendimiento suscrito entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), para la designación oficiosa de un defensor público y procurar el derecho de asistencia letrada gratuita a las presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos, en la tramitación de los casos contenciosos que así lo requieran; RESUELVE 1. Afirmar que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados.2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia.3 Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.4. Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional. 5 Alentar a los Estados que aún no cuentan con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos. 6. Exhortar a los Estados a promover oportunidades de cooperación internacional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia. 7. Alentar a los Estados y a los órganos del sistema interamericano a promover la celebración de convenios para la realización de capacitaciones y formación de los Defensores Públicos Oficiales.8. Respaldar la labor de Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) en el fortalecimiento de la defensa pública en los Estados Miembros. 9. Solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea

General, en su cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones, sobre la implementación de la presente resolución, cuya ejecución estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa-presupuestario de la Organización y otros recursos.”

Puntualmente, el acceso a justicia significa que los miembros de comunidades indígenas tienen derecho a:

- Acceder en forma directa a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas
- Participar en el desarrollo de los procesos administrativos o de cualquier otra índole
- Contar con recursos efectivos para reclamar y defender sus derechos (arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).
- Iniciar procedimientos legales para reclamar el cumplimiento de sus derechos (art. 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–).
- Obtener una pronta decisión sobre los conflictos que plantean, y una reparación de las lesiones a sus derechos individuales y colectivos (art. 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).
- Comprender y hacerse comprender en esos procedimientos, y contar, si fuera necesario, con intérpretes (art. 12 Convenio 169 OIT).
- Recibir un trato respetuoso a su dignidad, lengua y tradiciones culturales (Regla 9 de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”).

“No accedemos fácil a la justicia. Hay organismos que nos quieren ayudar en ese sentido, pero hay que estar muy bien conectado. Si la gente vive en el monte, donde no llega ni una ambulancia, menos va a llegar el abogado.... (se ríe)” (Arsenio Torrez – 2019)

Además, las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” establecen parámetros generales para garantizar

las condiciones de acceso a la justicia de las personas que encuentran dificultades para ejercer plenamente sus derechos ante el sistema de justicia. Estas dificultades pueden ser a causa de su edad, su género, su estado físico o mental, o por circunstancias étnicas y/o culturales.

¿Qué dicen las 100 Reglas de Brasilia respecto a los pueblos indígenas?

Regla N° 48:

“Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”

Regla N° 49

“Además serán de aplicación todas las demás restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho de expresarse en el propio idioma”.

Las 100 Reglas tuvieron en cuenta a los pueblos indígenas, entre otros grupos sociales, porque está comprobado que, en muchas circunstancias, han tenido dificultades para poder hacer valer sus derechos. Por eso, las Reglas establecen específicamente que los funcionarios y magistrados judiciales deben brindar un trato respetuoso a su dignidad, lengua y tradiciones culturales.¹⁵²

Las 100 Reglas de Brasilia forma parte del sistema de fuentes del derecho interno argentino gracias a la Acordada de la CSJN N° 5/2009 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dispone que *“deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos a que se refieren”* (art. 1)¹⁵³. En los fundamentos de la norma de adhesión la CSJN sostuvo que estas Reglas

¹⁵² Guía de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Programa de Diversidad Cultural. Defensoría General de la Nación

¹⁵³ Acordada CSJN N° 5 de fecha 24 de febrero de 2009

*“resultan una valiosa herramienta en un aspecto merecedero de particular atención en materia de acceso a la justicia, a cuyo efectivo mejoramiento el Tribunal se ha comprometido a contribuir, entre otras medidas, mediante la creación de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia”.*¹⁵⁴

La garantía de defensa presupone el reconocimiento del derecho a acceder a la justicia, entendiendo a éste como la posibilidad de acudir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él una sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes.¹⁵⁵

Podemos interpretar a la defensa pública como una garantía necesaria que tiende a asegurar la vigencia efectiva de derechos fundamentales, tales como: derecho de inocencia, derecho a la igualdad, derecho a acceder a la justicia y obtener una tutela judicial efectiva. Si es una garantía necesaria y esencial podemos afirmar que “la defensa pública oficial aparece como el obligado aporte del Estado al inexcusable deber de prestar asistencia a los sectores económicamente menos pudientes de la sociedad, de modo de garantizar acabadamente el derecho a acceder a la justicia”.¹⁵⁶

“No es fácil acceder a la justicia para un wichi. Hay muchas trabas primero porque somos pobres y después porque somos indios” (Ojelio Cañizales –2019)

Ferrajoli sostiene que la defensa pública “satisface el principio de igualdad en las personas frente a la ley, no dejando sin defensa sustancial, a quienes por razones económicas, no pueden acceder a un defensor de confianza”.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Acordada N° 37/2007, del 17 de diciembre de 2007

¹⁵⁵ Fallos CSJN, “*Silveyra, Carlos*”, 1944 (199:617) y CSJN “*Cabrera, Washington Julio Efraín c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, 1983 (305: 2150).

¹⁵⁶ Burrone de Juri, Marta, Igualdad ante la ley en el acceso a la justicia, Fundamentos de las defensorías oficiales, LL 1990. Citada por Julian Langevin en La defensa publica como condición de legitimidad del Estado de Derecho en www.ijeditores.com

¹⁵⁷ Ferrajoli, Luigi “Garantismo y defensa penal-o sobre la defensa pública-”, Revista del Ministerio Público de la Defensa, Año I, N° 2, mayo 2007.

La historia de la defensa pública en nuestro país tiene una estrecha relación con los pueblos indígenas.

2.16 Antecedentes de la Defensa Pública

Con el fin de determinar los orígenes del instituto de la defensa pública en nuestro ordenamiento jurídico, y hacer una breve referencia de sus antecedentes, tendré que historiar las normas del derecho ibérico, aplicables en el territorio nacional atento a su condición de colonia española.

El primer esbozo de legislación americana lo constituyeron las Leyes de Burgos (1512) y las Leyes Nuevas de 1542, en las cuales se manifestaba la preocupación de la monarquía por la suerte de la población indígena, atento a las denuncias formuladas por los padres dominicos, tanto para proteger los derechos de los naturales como para afianzar el orden en las colonias americanas que se encontraban a enorme distancia de las autoridades de España.

Fray Bartolomé de las Casas, cronista, teólogo, obispo de Chiapas, con título de "Protector de los indios" otorgado por el cardenal Cisneros, en su obra "Brevisísima relación de la destrucción de las Indias", dirigida al príncipe Felipe, encargado de los asuntos de Indias (posteriormente Felipe II), describe pormenorizadamente la situación de los indios. En respuesta a los reclamos expuestos por Bartolomé de las Casas, las autoridades españolas crean el cargo de "Protector de Naturales" con la finalidad de asistir, vigilar, corregir los abusos a que eran sometidos los nativos y canalizar las peticiones jurídicas ante la justicia y ante el poder gubernativo. El primer Protector de Naturales fue precisamente el mismo Fray Bartolomé de las Casas.

Más tarde el cargo deja de ser ejercido por la Iglesia y en lugar de los obispos se designa un abogado-tutor que actúa aun sin petición previa en contra de la actitud abusiva de los españoles con facultades de proponer mejoras en las leyes y entablar acciones por la propiedad de las tierras. Asimismo se encargaba de

vigilar el tratamiento que se les otorgaba en el trabajo e intervenir en el pago de los tributos.

Con algunas interrupciones el cargo de Protector de Naturales llegó a constituir una figura destacada en la política proteccionista de España en América formando parte del aparato judicial de la colonia, en el Virreinato de Nueva España, del Perú, Yucatán y Río de la Plata.

En el Virreinato del Río de La Plata, simultáneamente con el cargo de Protector de Naturales, existía el Defensor General de Pobres, cuyo ejercicio en algunos casos se daba simultáneamente en un mismo expediente y en posiciones opuestas.

Esta situación se encuentra documentada en un expediente judicial sustanciado en 1777, caratulado Causa Criminal seguida contra Prudencio Hernández Pardo, esclavo por la muerte que dio a Xavier Indio” en la que actúan el Protector General de los Naturales “en atención a ser indio el que consta ser muerto...” quien en función de Fiscal acusa el esclavo Prudencio Hernández de homicida y éste es defendido por el Defensor General de Pobres.

En este marco y período histórico que va desde la colonia hasta la primera década de gobierno patrio, los negros esclavos contaron con la asistencia del Defensor General de Pobres, quien, entre otras funciones, mediaba ante el Estado para liberarlos del pago de la “alcalaba”-gravamen que pesaba sobre ellos- . Aparte controlaba la correcta ejecución de las medidas de registro de esclavos que entraban de países extranjeros instruyendo a los viajeros que arribaban a la provincia con esclavos a su servicio y en las causas en que se discutía su libertad.

Otro dato interesante para hacer referencia es la legítima función de la defensa en el estudio sobre la aplicación de la Inquisición en el Virreinato de Río de la Plata, dependiente de la jurisdicción de la Inquisición de Lima. Esto se revela en el discurso enunciado en una sentencia del Teniente Gobernador en carácter de Juez Mayor, quien evitó acceder a dictar resolución solicitada por el fiscal, para condenar a la horca a una india acusada de bruja, porque no se le brindó la posibilidad de contar con un letrado que la defendiese gratuitamente.

¿Por qué se regulaba esa presencia en la inquisición? Los maestros de la inquisición sabían que si querían mantener la ilusión de un derecho continuador de la ilusión romana y tradición germánica, no se podía eliminar la presencia del abogado. En la primera pretensión de la inquisición se le solicitaba un abogado al inquirido aun cuando este no estuviera de acuerdo.

El abogado evidentemente no solía ser nombrado por el inquirido sino que tenía que tener el permiso de la Inquisición y ser de absoluta confianza de ésta.

Había un acuerdo entre este abogado y el tribunal de la Inquisición y era averiguar la verdad es decir hacerlo confesar y arrepentirse de los delitos Su función era única y exclusivamente ésta, no pudiendo hablarse por lo tanto de una defensa real. La gran operación de la Inquisición consistió precisamente en confundir los intereses del ser humano acusado con los de la “justicia”. La Asamblea del Año Trece, eliminó la Inquisición en el Río de La Plata y mandó a quemar los instrumentos de tortura.¹⁵⁸

Es habitual creer que en el Río de la Plata no hubo Inquisición. Los libros de historia apenas hacen mención de ella. Pero es necesario reconstruir y reconocer el pasado en todas sus dimensiones, para comprender la realidad actual.

En lo que concierne al aspecto normativo del ejercicio del derecho de defensa, de 1810 en adelante se circunscribió de garantías a los juicios criminales. En tal sentido, el Estatuto de 1815 permitió a los reos “nombrar un padrino, que presencie su confesión, y declaración de los testigos... sin perjuicio del Abogado y Procurador establecidos por Ley y práctica de los Tribunales”. Se verifica allí no sólo el carácter inquisitivo del proceso (con el eje en la confesión del imputado), sino también, a la vez, la idea de que el acusado podía elegir un defensor que se unía al que la misma organización de justicia le proveía.¹⁵⁹ Respecto de los pueblos indígenas ni se los menciona, ya que como consta en la obra de Juan Bautista Alberdi “Bases y punto de partida para la organización política de la

¹⁵⁸ Anitua Gabriel Ignacio Una triste genealogía de la defensa revista del Ministerio Público de la Defensa N° 4 pag. 141- 145

¹⁵⁹ Aguirre Santiago Marino “La Defensa Pública y el Bicentenario”.

República Argentina” expresa “...Hoy mismo, bajo la independencia, el indígena no figura ni compone mundo en nuestra sociedad política y civil...”

Entre las tareas que le correspondían al denominado Defensor General de Pobres estaba la de defender y representar a los carenciados ante los tribunales, participar de la visita de cárcel, peticionar la libertad de los presos indigentes. Por otra parte se ocupaba de la alimentación, vestimenta y situación de los detenidos pobres en la cárcel, así como brindarles apoyo espiritual.

Juan Manuel de Rosas, mediante Decreto del año 1840, reglamentó pormenorizadamente las funciones propias del Defensor General, y determinó que este funcionario defensor debía ser “agente letrado”. Asimismo estableció las pautas y el procedimiento para obtener la carta de pobreza.¹⁶⁰

La ley 1893 del año 1886 pronunció el funcionamiento de los tribunales de la Capital Federal. En esta normativa el Ministerio Público solo estaba conformado por los fiscales. Los defensores de pobres y ausentes y los defensores de menores e incapaces dependían del Poder Ejecutivo, en cuanto a su designación y remoción, pero sometidos a la superintendencia del Poder Judicial.

El título IX de dicha ley preveía lo siguiente para los Defensores de Pobres y Ausentes:

Art. 140. LA defensa oficial se hará en la capital de la República por un Defensor de Pobres y Ausentes ante la Suprema Corte y juzgados federales, y por 6 Defensores de Pobres y Ausentes, ante los Juzgados de Paz, Civil, Comercial, del Crimen y Correccional, y por las cámaras respectivas.

Art. 141. Los deberes y atribuciones del primero, serán establecidos por la Suprema Corte, y por las cámaras de apelaciones de la Capital, lo que deban corresponder a los demás.

Art. 142. Para ser nombrado Defensor de Pobres y Ausentes se requiere ser ciudadano argentino, haber ejercido en el país durante dos años por lo menos la profesión de abogado o haber desempeñado durante ese término una magistratura.

Art. 143. El nombramiento de estos funcionarios corresponde al Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que la Suprema Corte o las Cámaras de Apelaciones, según los casos, puedan también amonestarlos, suspenderlos temporalmente o destituirlos.

¹⁶⁰ Lodeiro Martínez, Fernando M. “Las nuevas tendencias en la defensa oficial”, JA 2003-I-1218.

Art. 144. Gozarán del sueldo mensual que les asigne el presupuesto.

Queda claro que el derecho a la defensa pública, durante el régimen colonial, y tras la Revolución de Mayo se consideró como un derecho con reconocimiento incuestionable y esto nos permite arribar a la conclusión que el actual cargo de Defensor Oficial Público tanto en nuestro país como en el resto de América hispana, tiene sus antecedentes en estas figuras, que marcaron lo esencial de la función: defender, proteger y asistir.

La Constitución histórica (1853), ha reconocido expresamente en el artículo 18 el derecho a la “inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, el cual hasta el día de hoy se ha mantenido sin alteraciones.

2.17 Reforma constitucional: consolidación de la defensa pública

Con la reforma constitucional de 1994, quedó plasmado en forma expresa el deber constitucional del Estado de garantizar el derecho de defensa, en su artículo 120, al institucionalizar el Ministerio Público de la Defensa:

“El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia, en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

De esta manera el Estado cumple con el mandato constitucional de proveer los funcionarios especializados que se encarguen de proporcionar la defensa en juicio a aquellos que lo necesitan y solicitan. Es decir que, se institucionalizó la defensa pública en un órgano particular constituido exclusivamente a ese efecto. Además conforme surge del art. 75 inciso 22 con la incorporación de los pactos internacionales, ha quedado trazado el alcance y el contenido de esta obligación del Estado.

Por otra parte, la Constitución de la Provincia de Salta fue pionera al consagrar en el año 1986 la autonomía del Ministerio Público en el art. 167: *En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público.*

2.18 Reflexión. Mi mirada

La ratificación de tratados de derechos humanos que pasaron a integrar el bloque de constitucionalidad y la incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas, generaron un cambio de paradigma.

De esta manera, nuestros convencionales constituyentes produjeron una revolución normativa, adaptando la base misma del sistema jurídico argentino a uno de las principales doctrinas que pregona que toda organización del poder y la autoridad deben estar impregnadas y guiadas por la ética de los derechos humanos.

La formulación de los derechos humanos padece de algunas imperfecciones en su incorporación; atribuidas a la pluralidad de intereses políticos, las diferentes posturas y a la necesidad de efectuar avenencias terminológicas, sin embargo no invalidan la preeminencia de los tratados internacionales y su jerarquía constitucional. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha expresado:

"A la Corte, como órganos supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional".¹⁶¹

De la clasificación de los derechos humanos expuesta por generaciones, reseñé por una parte, aquellos que el Estado debe respetar y proteger (primera generación o categoría), y por otra, los que el Estado debe promover o proveer

¹⁶¹ CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación", 07 de abril de 1995, considerando 12. Disponible en Internet: www.csjn.gov.ar

(segunda generación o categoría). Siguiendo esta simbolización, los derechos civiles y políticos o derechos de primera generación formarían parte de los derechos humanos que el Estado debe respetar, proteger, por ser intrínsecos a la naturaleza humana y anteriores a la conformación misma del Estado.

Complementariamente a lo anterior, los derechos humanos de segunda generación ingresarían dentro de la naturaleza de aquellos que el Estado deber promover o proveer. Se trata de derechos humanos que dependen en cierta forma de las disponibilidades de los sistemas políticos para proveer al goce igualitario de todos los sujetos.

Por otra parte, la incorporación del reconocimiento a la preexistencia de los pueblos originarios, de acuerdo a la intención del convencional constituyente, nuestra Carta Magna, según la clasificación que realiza Yrigoyen (2011) es un Estado pluricultural, ya que reconoce la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizando el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; con explícita declaración de la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y asegurando su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Así fue manifestado en los debates de la Convención Constituyente de 1994

“ ...Estamos viviendo una época de grandes cambios. Nuestro país, hoy no sólo se asume como un país multiétnico y pluricultural, sino que reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, y este reconocimiento hace también a una búsqueda de raíces, hasta ahora sólo lo hacíamos mirando hacia Europa, y relegábamos las americanas. De este profundo reencuentro, de nutrirnos en las raíces, del respeto por el otro, del derecho a ser diferente, surgirán las nuevas formas de relación, con las que la Argentina se posicionará ante el cambio de Siglo...”¹⁶²

Todo Estado pluricultural es aquel basado en la afirmación de las diversas culturas y su integración dentro de la identidad de Estado. Se trata de un modelo que desafía la idea de un estado culturalmente homogéneo y jurídicamente monolítico.

¹⁶² Extraído de la moción de debate parlamentario Vallejos, Maria Cristina convencional constituyente, 1994

El marco jurídico federal que garantiza los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Estado argentino se integra jerárquicamente por:

*El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional

*Las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 75 inc. 22);

*Otros convenios internacionales debidamente ratificados, con valencia infraconstitucional pero supralegal (art. 75 inc. 22); en particular, el Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ley 24.071);

*Ley N° 23.302¹⁶³

*Ley N° 24.544¹⁶⁴

*Ley N° 25.607¹⁶⁵

*Ley N° 26.160¹⁶⁶

*Ley N° 26.331¹⁶⁷

El proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas resistió singulares contradicciones que asomaron en las discusiones parlamentarias y en la Convención Constituyente como el prólogo de lo que finalmente iban a resolver las cuestiones judiciales. Es decir que los nuevos derechos conquistados y la ausencia de leyes acordes al nuevo paradigma jurídico a nivel constitucional

¹⁶³ Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes B.O. 12/11/1985

¹⁶⁴ Ley Convenio Constitutivo de Fondo para el desarrollo de los Pueblos Indígenas de America Latina y del Caribe B.O. 20/10/1995

¹⁶⁵ Ley de Difusión de los Derechos de los Pueblos Indígenas B.O.: 08/07/2002

¹⁶⁶ Ley de Emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras que ocupan las Comunidades Indígenas B.O.: 29/11/2006

¹⁶⁷ Ley de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos B.O 13/09/10

dejaron pendiente la tarea de interpretar hasta donde abarca ese reconocimiento y respeto por su identidad cultural.

El ejercicio de interpretación es una facultad del Poder Judicial que debe comprender y especificar la extensión de esos derechos y plasmar adecuadamente estas nuevas declaraciones.

La labor de interpretación dependerá que el derecho constitucional concreto, que es el que cuenta en última instancia, logre un auténtico perfeccionamiento y desarrollo a través de los reconocimientos de derechos efectuados por la reforma constitucional.

El acceso a justicia para los pueblos indígenas podría resumirse como la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el cumplimiento de todos los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen.

Para que el acceso a justicia sea eficaz como garantía, debe ser igualitario e irrestricto. Poniendo en práctica el derecho a la igualdad de condiciones previsto en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, y garantizando el pleno ejercicio del derecho de defensa. Por esto, el Estado se compromete a eliminar las barreras existentes para los sectores más vulnerables o excluidos del sistema y a brindar a toda persona sometida a un proceso, la asistencia legal pertinente.

El desafío en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, constituye uno de los casos de mayor complejidad a que se enfrenta la Justicia para su resolución.

CAPITULO 3

LA JUSTICIA

“A la Justicia le reclamaría el monte. Necesitamos nuestra tierra y que nos dejen vivir en paz” (Dora Fernández- 2019)

3.1 Hermenéutica jurídica. Interpretación

El objetivo de este capítulo no es tratar extensamente la problemática teórica relacionada con la “comprensión” ya que es tema de la filosofía del derecho y de la hermenéutica como desarrollo general de la interpretación. Me voy a circunscribir a la argumentación de las decisiones jurídicas que involucran la justificación de la aplicación del derecho a los casos concretos.

Para indagar la manera por la cual los jueces conciben y aplican las normas de derechos humanos, y si se reconoce, respeta e integra a las comunidades indígenas en nuestro país según el plexo normativo vigente, me voy a centrar primeramente en el abordaje hermenéutico y la noción de interpretación ya que al decir de Betti *“La decisión judicial, en cada aplicación de la ley, realiza una interpretación”*¹⁶⁸.

¿Qué es interpretar? Es hallar el sentido del Derecho para comprender dónde actúa. En la actividad jurídica, interpretar implica encontrar el significado de una norma a partir de la lectura del texto en el contexto de aplicación. La verdad en el sentido del Derecho no estará en la aplicación del método sino en el proceso racional de elección del modelo interpretativo para aplicar la norma.¹⁶⁹

Cuando hablamos de interpretación generalmente se hace referencia a una metodología determinada que debe aplicarse para encontrar el sentido de algo. La hermenéutica centra su atención en la cosa que se interpreta, el ser del intérprete y el contexto en el que la interpretación se desarrolla. Es un concepto más amplio porque exige del intérprete una estructura mental más compleja, pero asegura una mejor comprensión.

La hermenéutica jurídica de Gadamer rescata los postulados centrales de la hermenéutica filosófica para orientar a la interpretación: “no es la exactitud del método, sino la comprensión, lo que conduce a la verdad”. En similar sentido

¹⁶⁸ Betti, Emilio. *La interpretación jurídica*. traducción de Alejandro Vergara Blanco, Ediciones Universidad Católica de Chile 2015

¹⁶⁹ Gadamer, Hans., *“Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica”*, Salamanca, Sígueme, 1977; 12ª reimpr. 2012. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

Rabbi-Baldi (2002), expresa que “la tarea admitida por la Hermenéutica no radica sólo en identificar este dato y en dotarlo de pleno valor científico, sino, precisamente por ello, en realzar la necesidad de exteriorizar los prejuicios que condicionan el proceso de comprensión a fin de controlar su racionalidad”¹⁷⁰.

En consecuencia, el interpretar se revela como un momento esencial del conocer y este conocer no es otra cosa que una forma de la comprensión del ser en el mundo y su proyectarse sobre las cosas. El hombre solamente puede existir estableciendo lazos hermenéuticos con la realidad, y esta actividad se encuentra en un plano distinto al de las reglas o métodos que tradicionalmente utilizamos para conocer el sentido de tal realidad.¹⁷¹

En Gadamer, la actividad de la comprensión se nos presenta como una filosofía de la existencia humana. En esta nueva propuesta, *comprender* es entendido como “el carácter óntico original de la vida humana misma” o su equivalente, “la forma originaria de realización del estar ahí”¹⁷². La interpretación hace surgir el sentido: afirmamos que las cosas del mundo tienen sentido cuando aquellas han sido comprendidas, aunque lo comprendido no es el sentido sino los mismos entes.¹⁷³ Es decir que un sujeto existe al ser comprendido. La comprensión nos lleva a la interpretación y ésta nos lleva al sentido.

Sostiene Gadamer (1977) que no hay mejor camino para superar los prejuicios que la actitud de la interrogación, la apertura de sentidos que se produce a partir de la pregunta. En este aspecto, se entiende al proceso hermenéutico como un diálogo que se traba entre el intérprete y el texto a interpretar. Esto significa que, el fenómeno hermenéutico contiene en sí la estructura de la conversación y, al igual que toda conversación, el proceso hermenéutico se basa en la elaboración de un lenguaje común. Como dice Gadamer, “Una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión misma la realidad de la historia. Al contenido de este

¹⁷⁰ Rabbi-Baldi, Renato “Precomprensión y jurisprudencia”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N°. 47.

¹⁷¹ Gadamer, Hans., “Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica”, Salamanca, Sígueme, 1977; 12ª reimpr. 2012. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

¹⁷² Idem

¹⁷³ Vigo, Alejandro G. Gadamer Hans-George y la Filosofía Hermenéutica: La Comprensión como ideal y Tarea. 2002

requisito yo lo llamaría historia efectual. Entender es, esencialmente, un proceso de historia efectual”.¹⁷⁴

La aplicación de la ley a un caso particular implica un acto interpretativo. Pero esto significa que aquella aplicación de disposiciones legales que aparece como correcta viene a concretar y precisar el sentido de una ley.¹⁷⁵ El intérprete quien incorpora toda su comprensión de la vida a la labor interpretativa se sitúa frente al texto con sus precomprensiones¹⁷⁶.

El intérprete interpreta para el caso particular en un contexto particular, independiente de la historicidad del texto. Comprender, interpretar y aplicar son, en verdad, tres momentos indisociables en el acceso a un texto determinado¹⁷⁷, cuando existe una distancia temporal entre el texto y el intérprete se produce la comprensión de modo efectivo, ésta tiene, pues, la forma de una cierta experiencia de identidad en y desde la alteridad históricamente mediada. Se trata del fenómeno que Gadamer tematiza bajo la famosa denominación de la “fusión de horizontes”.

La hermenéutica es la teoría científica de la interpretación, establece los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el juzgador pueda efectuar una adecuada interpretación de las disposiciones normativas. Además, la interpretación no es solamente encontrar lo que dice el texto de la norma, sino comprender dicho texto en torno al contexto en el cual se aplica. La interpretación jurídica es la operación intelectual con la que se busca encontrar el significado normativo de una disposición jurídica, útil para resolver un caso concreto. El modelo de interpretación se ve orientado por el círculo hermenéutico.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Gadamer, Hans, *Verdad y método I*, Salamanca, Sígueme, 2012.

¹⁷⁵ Idem

¹⁷⁶ No hay comprensión fuera de las expectativas de sentido basadas en la experiencia vital. A partir de tomar en cuenta las propias pre-concepciones, el jurista puede tomar distancia de las propias convicciones subjetivas, derivadas de hábitos mentales inconscientes.

¹⁷⁷ Texto en sentido amplio, ya que es todo discurso que se transmite a través del lenguaje.

¹⁷⁸ Círculo hermenéutico: es una remisión de la parte al todo y del todo a la parte, realizada por el lector – intérprete. El todo explica la parte y la parte explica el todo, a través del diálogo. Para este diálogo hermenéutico es preciso comprender los prejuicios que tenía el autor del texto en la mentalidad de su tiempo (horizonte del autor), ya que interpretamos un texto desde nuestros propios prejuicios (horizonte del lector).

Robert Alexy (1997) comentando el modelo de interpretación de la hermenéutica, ha precisado que éste

“despierta la mirada al problema de la contribución productiva del intérprete a la interpretación, lo que posibilita y estimula un comportamiento crítico. De allí puede uno decir que al círculo del pre-entendimiento corresponde el postulado de la flexibilidad, que para la teoría de la argumentación jurídica es de gran significación.”¹⁷⁹

El razonamiento jurídico implica una correcta interpretación de las normas siguiendo los esquemas lógico-rationales del intérprete. La adecuada orientación en los esquemas racionales que emplea el derecho conduce a una debida fundamentación y motivación del razonamiento empleado, es decir una adecuada argumentación. Los argumentos son las razones aducidas en la justificación de la interpretación de un texto jurídico también conocido como argumentación jurídica.

3.2 De la interpretación a la argumentación jurídica. Principios y Reglas

La necesidad de justificar racionalmente las prácticas jurídicas y en particular las decisiones judiciales nos lleva a la argumentación. La argumentación es justificar la decisión derivada del acto racional y dar operatividad al sentido de la norma. Asimismo la argumentación es un proceso racional que se da en un diálogo justificatorio.

Según Robert Alexy (1995) el punto central del modelo desarrollado por Gadamer y recibido en la jurisprudencia alemana entre otros por Larenz, Kaufmann y Esser, se encuentra la estructura de la interpretación y la comprensión. “El concepto clave es el del círculo hermenéutico”. El modelo hermenéutico ofrece importantes juicios acerca de la estructura de la argumentación jurídica y encierra tres

Para interpretar, se debe poner en diálogo los prejuicios del autor y los del lector es lo que Gadamer llama “fusión de horizontes”.

¹⁷⁹ Alexy Robert Teoría del discurso y derechos humanos, trad. de L. Villar, 1ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

fundamentales postulados de racionalidad (1.precomprensión y texto, 2.relación entre la parte y el todo, 3. relación norma - hechos) pero que no son suficientes para la solución del problema de la interpretación correcta. “La corrección de una interpretación sólo puede demostrarse cuando se aducen razones en su favor y en su contra. Por lo tanto es válida la frase: interpretación es argumentación”.¹⁸⁰

El discurso jurídico es un diálogo entre el intérprete y el destinatario y dado que con frecuencia las elecciones decisivas tienen carga valorativa, se sostiene como argumentación racional la mejor justificación posible que se pueda ofrecer. Alexy enfatiza la conexión entre la interpretación y la argumentación, ya que la fundamentación es un proceso cognoscitivo en su primera parte y de justificación en la segunda.¹⁸¹

La protección de los derechos fundamentales de las personas se manifiesta de modo paradigmático a través de los estatutos constitucionales y convencionales. Estos contienen “normas” que, siguiendo a Robert Alexy, se asumen como “mandatos”. Ahora bien, mientras algunas de ellas se estructuran como “reglas” otras se admiten como “principios”.¹⁸² ¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? Este autor (2001) dice “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los “principios” son normas que ordenan que algo sea hecho en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes son mandatos de optimización. Las reglas, en cambio, son normas que sólo pueden cumplirse o no cumplirse”¹⁸³.

Explicado ampliamente por Zagrebelzky (2007) tenemos que:

“[...] sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial.

¹⁸⁰ Alexy, Robert, Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, traducción Luis Villar Borda.

¹⁸¹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁸² Rabbi Baldi Renato Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convencional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁸³ Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales Madrid, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Las reglas, en efecto se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. [...] Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. [...] Así pues –por lo que aquí interesa–, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. [...] Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. [...] La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos”.¹⁸⁴

Podría decir entonces que las normas legislativas son en general reglas, mientras que las normas constitucionales reguladoras de los derechos humanos, son normalmente principios.

En algunos casos el camino argumentativo está explícito y en otros nos cabe la tarea de analizar el por qué de determinadas decisiones basadas en que principios o derechos. Hay que tener en cuenta que con la incorporación de los Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22) se integraron principios al plexo de

¹⁸⁴ Zagrebelsky, Gustavo El derecho dúctil. Madrid, Ediciones Trotta

valores, que buscan la concreción de la dignidad humana, la defensa de la igualdad, la maximización de la libertad.

En materia de derechos humanos existen principios interpretativos específicos, al decir de Sagüés (1998):

- el argumento pro homine con sus variables del argumento pro libertatis y pro victima
- el argumento de la interpretación expansiva, que aconseja entender a los derechos en sentido amplio
- el argumento de la interacción, según el cual un tribunal internacional no debe ignorar los derechos provenientes del orden nacional
- el argumento de la promoción, que sugiere que el juez auspicie la vigencia de los ddhh
- el argumento de la universalidad, que procura la observancia de un mínimo común
- el argumento de la indivisibilidad, no se debe ignorar en la interpretación de un ddhh básico a los restantes.¹⁸⁵

Los referidos principios orientan la interpretación de los restantes preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales, conduciendo a su realización y observancia más plena, vinculando el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales.

¹⁸⁵ Sagüés Néstor La interpretación de los derechos humanos en las Jurisdicciones Internacionales y Nacionales. Anticipo de Anales. Año XLII Segunda Edición

3.3 Clases de Interpretaciones

Conforme a los principios lógicos que rigen en materia de hermenéutica o interpretación de las leyes y de sus normas en general, unas y otras han de ser ponderadas conjunta y no parcialmente, armónica y no aisladamente, para desentrañar la intención del legislador, resolver la cuestión efectivamente planteada y evitar la incongruencia o contradicción.

Para la interpretación constitucional enmarcada en los derechos humanos, es imprescindible ver cuáles son los criterios aplicados.

Siguiendo a Néstor Sagüés (2004)¹⁸⁶, los criterios interpretativos que aplica con mayor frecuencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina son:

-Interpretación literal: utiliza reglas gramaticales buscando el sentido lingüístico al analizar la letra misma de la norma. A criterio de la Corte es la primera fuente de interpretación y es ineludible. Sagüés, a su vez hace una distinción; interpretación popular¹⁸⁷ ; interpretación especializada¹⁸⁸.

-Interpretación orgánico-sistémica: la interpretación sistemática u orgánico-armonizante es aquella que atiende a la totalidad de los preceptos de una norma, así como su enlace con el resto del ordenamiento jurídico. Según Sagüés, “la interpretación orgánica o sistemática es particularmente destacada por la Corte Suprema respecto de la Constitución. Ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solitariamente, desconectándolas del todo que compone, sino que cabe entenderlas integrando las normas dentro de la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de tal forma que haya congruencia y relación entre ellas. Asimismo la Corte ha defendido la idea de que el reconocimiento de un derecho no debe importar la preterición de

¹⁸⁶ En “Interpretación constitucional y alquimia constitucional”. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos). Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (1), pag 151-170.

Tomo en cuenta la gran mayoría de los criterio enumerados pero no todos ni en el mismo orden, ya que considero que están condensados en los que menciono.

¹⁸⁷ Sería un tipo de interpretación literal que consiste en dar a las palabras de las normas jurídicas el significado que tienen en el lenguaje común

¹⁸⁸ Consiste en apartarse de la interpretación “popular” o “según el común sentido de los términos”, para inclinarse por una interpretación también literal, pero más especializada, de conformidad con la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico en el que la norma bajo análisis se inserta

otros¹⁸⁹, de modo que la aplicación de las normas requiere no aislarlas por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se entiendan teniendo en cuenta los fines de las demás y, por tanto, dirigidas a colaborar en su ordenada estructuración.¹⁹⁰

-Interpretación extensiva: también conocida como interpretación de la intención y/o voluntad del autor, si la norma dice menos de lo que quiso describir la voluntad de su autor, la interpretación ha de ensanchar la norma, se indaga cuál ha sido la intención que tuvieron los autores al dictarla. En muchos fallos de la CSJN se transcriben las versiones taquigráficas de las sesiones de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, o los dictámenes de comisiones previas al tratamiento de las normas en pleno por las Cámaras, para intentar hallar allí la intención de los legisladores al momento de votar y “crear” la norma jurídica.

-Interpretación jurídico-realista: tal como explica Sagüés, la CSJN ha señalado que “las instituciones jurídicas no dependen del nomen juris que le haya dado el otorgante de un acto, o el mismo legislador, sino de su verdadera esencia jurídica y económica, de tal modo que si hay oposición entre la denominación dada a algo por el autor de la norma, y la realidad, deberá prevalecer esta última

- Interpretación conforme a una autoridad externa: en ciertos casos la Corte ha tomado como criterio rector de sus decisiones las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras. Tal como señala Sagües, con posterioridad a la Reforma Constitucional del año 1994, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha sido expuesta en distintos casos al señalar que las interpretaciones que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos humanos “debe servir de guía” a los tribunales argentinos.

En el art. 2 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹⁹¹, se estipula que

“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los

¹⁸⁹ Fallos: 251:87 entre otros

¹⁹⁰ Fallos 330:2122

¹⁹¹ Ley 26.994 sancionada 01/10/14

tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

3.4 Jurisprudencia Nacional y Provincial

En este capítulo el estudio se centra en examinar prácticas jurídicas sobre las comunidades wichi de la provincia de Salta y el estudio normativo de la aplicación del derecho, desde el análisis de distintos fallos. En función de ello es importante reseñar la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas afectados, la evolución o involución interpretativa de los jueces en consonancia con los derechos fundamentales.

¿Cómo se compatibiliza el bloque de garantías constitucionales con los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cuál es el comportamiento del derecho y la justicia en nuestro país, particularmente en Salta?

A pesar que todavía es escaso el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en relación a los pueblos indígenas en nuestro país, aparecen algunos aportes justamente sobre las comunidades wichi de Salta, que contribuyen a desentrañar el sentido interpretativo del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. La comunidad wichi ha tenido un papel relevante ante la Justicia en sus reclamos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ingresado al estudio de la cuestión de fondo en sus pretensiones, marcando el camino jurisprudencial de los pueblos indígenas.

De las siguientes sentencias emanadas de la Corte de Justicia de Salta y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, voy a analizar pormenorizadamente los siguientes tópicos, ya que fueron los reclamos planteados por las comunidades wichi: tutela judicial, propiedad comunitaria, lengua, participación, identidad cultural, costumbre ancestral, derechos ambientales.

Todas estas cuestiones fueron expuestas por comunidades Wichi dentro de la jurisdicción salteña, resolviendo la Corte de Justicia de esa provincia y en algunos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cabe recordar, que en nuestro sistema de justicia conviven dos órdenes jurisdiccionales diferentes: el de la Nación (arts. 108 y ss de la Constitución Nacional) y el de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 5 y 129 de la Constitución Nacional). La competencia federal está estipulada en la Constitución Nacional:

Art. 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte, de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”

Art. 117: “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene competencia ordinaria por apelación en las causas enumeradas en el art. 116 de la Constitución; competencia extraordinaria por apelación y en ejercicio del control de constitucionalidad en los casos de sentencia arbitraria y gravedad institucional¹⁹² y competencia originaria exclusiva en los supuestos del art. 117 de la Constitución.

¹⁹² Ley 48

La Suprema Corte construye toda su argumentación en clave a “la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) que ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.¹⁹³

En el caso "Kot Samuel SRL s/ Acción de Amparo" la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifiesta

“las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: 'las leyes disponen para lo futuro', dice el art. 3° del Cód. Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las Leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar todas las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”¹⁹⁴.

A través de sus fallos los máximos tribunales trazan el camino a seguir para la comunidad jurídica. La jurisprudencia es el entendimiento de las normas jurídicas fundamentado en las sentencias que han resuelto casos basándose en esas normas. Según Betti, la jurisprudencia permite fundir en armónica convivencia los

¹⁹³ Fallo Giroldi (CSJN- 07/04/1995 - Sentencia “Giroldi, Horacio y otro” Considerando 11. Sentencia de 7 de abril de 1995. También en Fallo Bramajo CSJN, 1996, Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación N° 44.891

¹⁹⁴ Fallos: 241:291 --La Ley, 92-632

datos de la tradición con las nuevas adquisiciones y, de este modo, realizar la continuidad de la vida del Derecho.¹⁹⁵

3.5 Tutela judicial. La interpretación de la propiedad comunitaria.

COMUNIDAD INDIGENA EBEN EZER C/PROVINCIA DE SALTA¹⁹⁶

En relación con la importancia de asegurar la protección judicial, resulta de especial trascendencia la decisión de la CSJN en el caso “Comunidad Eben Ezer contra Provincia de Salta”, ya que marca el precedente de habilitar la vía del amparo para la tutela de cuestiones vinculadas con la tierra y los territorios de las comunidades indígenas.

La comunidad indígena Eben Ezer promovió acción de amparo contra la Provincia de Salta y el Ministerio de la Producción y Empleo, con motivo de la Ley 7274 mediante la cual fueron desafectados como reserva natural los lotes fiscales nº 32 y 33 y se habilitó al Poder Ejecutivo provincial para ponerlos en venta por vía de un proceso licitatorio, ya que lesionaban sus derechos a la vida, a la comunidad de tierras, la integridad cultural, los recursos naturales, a participar en los asuntos que les afecten, a contar con información adecuada y a un medio ambiente sano y equilibrado. Todos estos derechos reconocidos por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Constitución Provincial. Solicitaron a su vez la inconstitucionalidad de la Ley 7274. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 10º Nominación sostuvo que el caso, con arreglo al art. 153 II c de la Constitución de Salta, no era de su competencia. Apelada esta decisión la Corte de Justicia de Salta, por mayoría, confirmó el pronunciamiento aduciendo que la actora había promovido una acción de inconstitucionalidad que le correspondía

¹⁹⁵ Rabbi Baldi Cabanillas Renato, en “Betti Emilio: La interpretación jurídica. Paginas escogidas, compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, prologo de Giuliano Crfo. Santiago, LexisNexis, 2006, 217 pag.

¹⁹⁶ “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta-Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo” Resuelto en septiembre 2008

resolver en forma originaria, pero que dicha acción, junto con la medida cautelar solicitada, debía ser rechazada in limine al haber sido iniciada una vez operada la caducidad prevista en el art. 704 del Código Procesal Civil y Comercial de Salta. Contra esta decisión la actora interpuso recurso extraordinario, el que fue denegado, deduciéndose la queja.

En este orden, la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un examen a la luz de establecer el alcance de la tutela inmediata de los derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional aduciendo que “cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorias de alguno de los mencionados derechos, “la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía constitucional vulnerada; porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de precluir su acto u omisión arbitrarios de una norma previa –por más inconstitucional que ésta fuese- para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una oportuna restitución del ejercicio del derecho esencial conculcado”.

En este fallo la Suprema Corte incluyó algunos estándares internacionales sobre derechos territoriales, resaltando la diferencia entre los bienes de carácter económico y los bienes culturales de los pueblos indígenas y la relevancia de asegurar la protección judicial respecto de dichos bienes. En tal sentido destacó:

“... La relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes culturales deben guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la ‘protección judicial’ prevista en la CADH (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar ‘ilusorios o inefectivos’ (Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tzuc vs. Nicaragua, sentencia del 31/08/2001, Serie C N° 79, párr. 134, sus citas y otros). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de jerarquía suprallegal, en su art. 14.3 dispone, precisamente, que ‘deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional’.

Agregó que el rechazo de la Corte de Salta se veía fuertemente agravado ante los singulares bienes jurídicos que estaban en juego. “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas –expresó la Corte Suprema citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos- corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.

Además, en su voto la Dra. Argibay consideró que la Corte de Salta afirmó su competencia para entender en la causa, ya que reclasificó la demanda como si se tratase de una acción de inconstitucionalidad cuando la actora no promovió dicho procedimiento y negó a la interesada el pronunciamiento judicial sobre la existencia de la lesión manifiesta a los derechos cuyo amparo judicial requería.

Otro punto central del fallo que cabe destacar, es lo referido a la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, la Corte Suprema sostuvo que “la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.”

La Corte Interamericana de DDHH es clara al establecer cuando se trata de pueblos indígenas, a efectos de interpretar el alcance de los derechos a las garantías judiciales, a la propiedad y a la vida, debe acudir al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Territorios Independientes

A través de este fallo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una interpretación orgánica sistémica armonizó el derecho de la propiedad al derecho

a la identidad y la cultura, reconociendo la importancia que reviste para los pueblos indígenas su relación con la tierra, vinculándolos con la protección judicial efectiva.

En síntesis, la Corte advirtió finalmente que los magistrados deben tomar en consideración la “protección judicial” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y que los recursos de amparo no deben resultar “ilusorios o inefectivos”. Este último señalamiento cobra mayor relevancia si se toma en cuenta que el Convenio 169 de la OIT dispone que deberán instituirse procedimientos adecuados en cada país para encauzar las reivindicaciones territoriales formuladas por los pueblos indígenas.

Este antecedente abre una posibilidad para plantear que justamente la acción de amparo puede constituirse en una vía para canalizar estas demandas. Tal como sucede en algunos países de la región, la acción de amparo podría ser “el mecanismo idóneo para proteger el derecho a la tierra y al territorio indígena, dado el grave peligro y amenaza para la vida indígena que la demora en las soluciones concretas puede llegar a ocasionar”.¹⁹⁷

En una primera mirada la Justicia de Salta negó la posibilidad de la vía del amparo. A raíz del fallo de la Suprema Corte de Justicia se marcó el precedente jurisprudencial. Éste fue invocado con posterioridad por la Justicia salteña en sus propias sentencias.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Zimerman, S. Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina. Dossier Propiedad comunitaria i 2015, pág. 169

¹⁹⁸ El fallo de la comunidad Eben Ezer fue citado en :

“CABRERA FAIRHURST, HÉCTOR EDUARDO VS. FUGANTE, WALTER EDUARDO – RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD” CJS 39424/18.

“COMUNIDAD ABORIGEN ETNIA WICHI PICHANAL; ORGANIZACIÓN PUEBLO GUARANÍ; COMUNIDAD ABORIGEN ORGANIZACIÓN PUEBLO GUARANI; COMUNIDAD ABORIGEN IRÜNDE TENTA NUEVA JERUSALEN PICHANAL; COMUNIDAD INDÍGENA DEL PUEBLO TUPI GUARANÍ IGUOPEIGENDA; COMUNIDAD INDÍGENA KOLLA-GUARANÍ RIO BLANCO BANDA NORTE Y OTROS-ACCION POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD” CJS 37537/14 firma 18/10/18

“COMUNIDAD DE SAN JOSÉ –CHUSTAJ LHOKWE; COMUNIDAD DE CUCHUY VS. PROVINCIA DE SALTA – PIEZAS PERTENECIENTES – AMPARO” CJS 36946/15

3.6 La vinculación de la participación, la lengua y la identidad cultural de las comunidades indígenas

COMUNIDAD INDIGENA EBEN EZER C/PROVINCIA DE SALTA¹⁹⁹

En el caso “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta”, contra la sentencia que rechazó la demanda de amparo, interpusieron sendos recursos de apelación donde se desestimaron las excepciones de falta de legitimación sustancial activa y pasiva planteada por Everest S.A. y se ordenó el cese de la intervención en autos del Sr. Defensor del Pueblo de la Nación.

Uno de los argumentos invocados en apelación por la Comunidad consistió en que se había vulnerado su derecho a participar y a intervenir en la gestión de sus recursos naturales porque no se la había notificado en su lengua originaria, no se había traducido el estudio de impacto ambiental, social y cultural ni se les había otorgado el tiempo suficiente para que pudiesen tomar una decisión en libertad conforme a sus propias pautas culturales en la audiencia pública realizada al efecto. Hacen referencia a la vulneración de los arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 24 de la CADH, 6 del Convenio 169 de la OIT.

La Corte de Justicia de Salta en su sentencia construye toda su argumentación en clave a la política ambiental y la participación, invocando el Convenio OIT 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por ley nacional 24071/92, que señala las facultades básicas que debían reconocérseles a los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales: a) protección de los recursos naturales existentes en sus tierras; b) la participación en su utilización, administración y conservación; c) la consulta previa para evaluar posibles

“CHANZA, JOSÉ ANTONIO VS. DÍAZ, HUGO; CIRILO, JOSÉ; LARGO OSCAR Y/U OCUPANTES – QUEJA POR REC. DE INCONST. DENEGADO” CJS 37101/14

“CIRILO, JUAN CARLOS –ACCIÓN DE AMPARO. COMPETENCIA” CJS 33103/09

“ORDÓÑEZ, CARLOS EDUARDO; HERNÁNDEZ, PEDRO MATÍAS; RAMÍREZ, JESÚS ESTEBAN Y OTROS VS. PROVINCIA DE SALTA – COMPETENCIA” CJS 26480/04

¹⁹⁹ En “Comunidad Eben Ezer vs. Everest S.A.; Secretaria de Medio Ambiente de la Provincia de Salta – Amparo – Recurso de Apelación”, Expte. N° CJS 28.268/05. Sentencia de la Corte de Justicia de Salta integrada por los Dres. Silisque, Ayala, Garros Martínez y Posadas. 27/06/07

perjuicios; d) la participación, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten esas actividades. También se refiere al Convenio de Diversidad Biológica (ley nacional 24375/94) que garantiza la participación de las comunidades indígenas y locales en la disposición de su conocimiento tradicional relacionado a los recursos biológicos. Asimismo, tanto en el ámbito nacional como provincial se han creado organismos de promoción, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas (ley nacional 23302 del INADI y las leyes provinciales 6373/86 y 6681/92).

En cuanto al marco normativo que aborda la cuestión ambiental, la Corte de Justicia de Salta sostuvo que “el derecho al ambiente según el texto de la Constitución Nacional se conforma no sólo con lo establecido en el art. 41 párr. 1º: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras", sino también -y necesariamente- por el cúmulo de derechos reflejos que el propio texto constitucional enumera en su segunda parte cuando establece que "las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental. Bajo tal imperativo constitucional, es que se dicta la ley nacional 25675”.

Hizo referencia al pronunciamiento de los convencionales constituyentes de la Provincia al reformar el art. 15 de la Constitución local, precisando, además, que “El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros”.

A su vez, volvió a invocar el Convenio OIT 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, ya que señala las facultades básicas que debían reconocérseles a los pueblos indígenas respecto de los recursos naturales: a) protección de los recursos naturales existentes en sus tierras; b) la participación en su utilización, administración y conservación; c) la consulta previa para evaluar posibles perjuicios; d) la participación, siempre que sea posible, en los beneficios

que reporten esas actividades. Por otra parte el Convenio de Diversidad Biológica ratificado por ley nacional 24375/94 garantiza la participación de las comunidades indígenas y locales en la disposición de su conocimiento tradicional relacionado a los recursos biológicos.

Así, la política ambiental nacional deberá propender, en lo que al caso interesa, a fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión y prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo y establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (art. 2). Asimismo, entre los principios de política ambiental (art. 4) cabe mencionar el preventivo, precautorio, equidad intergeneracional y sustentabilidad en cuanto: a) Principio preventivo: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir; b) Principio precautorio: cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente; c) Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras; d) Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. En el ámbito local, los principios de política ambiental antes referidos también se encuentran contemplados por la ley 7070, de protección del medio ambiente.

En este orden, la Corte de Salta realiza un examen a la luz de adecuar el derecho a participar de las comunidades indígenas a los estándares internacionales vinculando la estrecha relación de las cuestiones ambientales y la identidad cultural de los pueblos indígenas.

En su argumentación especificó los requisitos necesarios para el desmonte cuando se ven afectados derechos protegidos de las comunidades indígenas. La Corte interpretó que los derechos fundamentales además de su función principal de regular la relación individuo-Estado cuentan con una faceta en la que inciden en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico imponiendo determinados parámetros de actuación tanto al Estado, como a los particulares. En este sentido, fijó la necesaria traducción del proyecto productivo a la lengua originaria de la comunidad indígena y la traducción del estudio de impacto ambiental a la lengua originaria de la comunidad indígena, resaltando que “la lengua constituye un indicador de identidad de importante gravitación como vehículo de estructuras culturales, cosmovisión y conocimiento tradicional por lo que debe ser asumida como una variable indicadora relevante del sentido de pertenencia e identidad (confr. Derechos de los Pueblos Indígenas, Teodora Zamudio, pág. 62, Publicación del Gobierno de Salta, Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Indígena, Salta, 2006).....: “De tal suerte, la traducción de la convocatoria a la audiencia pública a la lengua wichi como así también del estudio de impacto ambiental presentado por la proponente de la iniciativa privada, constituirían, entre otros, recaudos esenciales para la legitimidad del procedimiento de expedición de los certificados de desmonte de cara a las distintas normas ya citadas nacionales, locales y supranacionales que aseguran su participación en la gestión de sus recursos naturales. Es que la comunidad actora sólo podrá participar en el proceso de toma de decisiones responsablemente y con fundada opinión, si cuenta con los elementos necesarios para ello.”

La mirada de la justicia, basada en una interpretación extensiva armonizante vinculó la efectiva participación con la lengua. Esta interpretación extensiva se ve reflejada cuando en su argumentación la Corte invoca la intención que ha tenido el convencional constituyente al momento de dictarla. Asimismo entendió la interpretación de una manera integral, comparando, coordinando y armonizando la relación del plexo normativo para el caso concreto.

3.7 La Personería Jurídica. Tutela judicial

“COMUNIDAD DE SAN JOSÉ - CHUSTAJ LHOKWE - COMUNIDAD DE CUCHUY VS. PROVINCIA DE SALTA – AMPARO”²⁰⁰

Las comunidades indígenas San José, Chustaj Lhokwe y Cuchuy -pertenecientes a la etnia wichí- dedujeron un amparo colectivo tendiente a que “se lleve a cabo la demarcación de la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y su posterior titularización a fin de ejercer sin restricciones sus derechos constitucionales (...)”. Fundan su reclamo en los artículos 75, inciso 17 de la Constitución Nacional; 5, 8, 21 Y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3, 4, 5, 7, 13 Y 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales; 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y en las leyes 26.160 y 26.331. Peticionan la concesión de una medida cautelar de no innovar por la cual se ordene el cese de las referidas actividades de desmonte en las tierras que habitan. Sobre esta medida cautelar el juez federal rechazó la prohibición de innovar requerida, y se declaró incompetente para entender en el caso y remitió las actuaciones a la Corte de Justicia de la Nación por considerar que corresponde a la jurisdicción prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. La Corte de Justicia de la Nación dispone la remisión de estas actuaciones a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta para que decida lo concerniente al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación.

La Corte de Justicia de Salta resolvió “intimar a la Provincia de Salta para que disponga en el plazo de 20 días hábiles de notificada la presente un calendario de trabajo a fin de cumplir el ‘Programa Provincial’, debiendo fijar el mentado plan las necesarias precisiones en orden a las fechas en que se llevarán a cabo cada una de las tareas vinculadas a las etapas en las que se dividen las distintas

²⁰⁰ En Expte N° CJS 36.946/13. SENTENCIA 3 de Octubre de 2016 Corte de Justicia de Salta, Magistrados: Guillermo Alberto Posadas - Sergio Fabián Vittar - Guillermo Alberto Catalano - Abel Cornejo - Guillermo Félix Díaz - Susana Graciela Kauffman. Id SAIJ: FA16170139

actividades y el plazo estimado para su ejecución, el que no podrá superar los seis meses”.

Lo interesante de este fallo es el tratamiento que le dio la Corte de Justicia de Salta, antes de analizar la cuestión de fondo planteada, a la falta de personería opuesta por parte del Estado Provincial a la Comunidad de Cuchuy.

Al respecto la Corte manifestó que la cuestión de la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades originarias exhibe una problemática que involucra competencias concurrentes de la Nación y las Provincias. Sobre este punto, sostuvo la Corte Federal que "el texto constitucional... no ofrece dudas en cuanto claramente habilita a los estados provinciales a ejercer atribuciones concurrentes con la Nación vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su pertinente inscripción registral" ("Confederación Indígena del Neuquén c. Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad", 10-12-2013; La Ley 2014-B, 251). Entendió además el Alto Tribunal en dicho fallo que "...tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino". Consideró el Máximo Tribunal que los tratados internacionales en los que la Nación es parte y las leyes y reglamentos federales son un "piso mínimo" que rige en todo el territorio argentino y que las jurisdicciones locales, en el marco de sus competencias, pueden ampliarlos o implementarlos de diferente manera, pero siempre sin contradecirlos, desnaturalizarlos ni soslayarlos.

Citó jurisprudencialmente a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, dicho Tribunal consideró en conceptos que pueden ser trasladados a las circunstancias de autos, que "el otorgamiento de personería jurídica sirve para

hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas²⁰¹.

Asimismo invocó la postura adoptada por la Corte Federal en “Confederación Indígena del Neuquén c./Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”), donde se expresó que “existen dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificarán como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual), y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena”. Recordó, además, el dictamen del profesor Germán Bidart Campos que en su condición de Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” emitió ante la consulta sobre la operatividad del Convenio 169 de la OIT. En dicho dictamen el constitucionalista argentino afirma que: “cualquier agrupación, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos”. También destacó que las disposiciones de la Ley 26160 no sólo alcanzan a las comunidades que tengan su personería inscripta, sino también a “aquellas

²⁰¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17/06/2005., Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay. La Ley Online; cita: AR/JUR/9550/2005” Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado”; “La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados”. “En consecuencia, la Corte concluye que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, es otro derecho garantizado a la comunidad indígena, como sujeto de derechos”

preexistentes” (art. 1) entendiéndose por tales a las pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería jurídica.

De las normas citadas puede concluirse, como lo ha efectuado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en relación a similares situaciones ocurridas en comunidades indígenas de Paraguay, que la obtención de personería jurídica es indispensable para la transferencia de la tierra, mas no para la iniciación del trámite de reivindicación. El reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo como conjunto ayuda al ejercicio del derecho a la tierra al permitir que las comunidades puedan ejercer sus derechos a través de verdaderos representantes elegidos conforme a sus propias tradiciones.²⁰²

La Corte nota que es necesario el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de la comunidad para el goce de otros derechos.

Amerita analizarse la demanda amparista atacada por el Estado Provincial arguyendo que no se encuentran ninguno de los requisitos exigidos para la procedencia del amparo²⁰³. En este sentido la Corte interpretó que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (CSJN, doctrina de Fallos, 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). No hay duda de que en el caso existe la necesidad de una tutela judicial expedita, en la medida que está en juego el derecho de los miembros de las comunidades actoras a la propiedad comunitaria garantizada a nivel constitucional y convencional, con riesgo de afectación del derecho a la vida digna de sus integrantes en tanto pueden verse privados de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales y, al mismo tiempo, existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación.

²⁰² Caso de Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C 172, párr. 168, 169, 170, 174; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006

²⁰³ Requisitos para la procedencia del amparo: a) La acción procederá siempre que no exista otro medio judicial más idóneo; b) Será viable contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares; c) Dicho acto debe lesionar, restringir, alterar o amenazar derechos o garantías reconocidos en la Constitución Nacional y d) Esa lesión, restricción, alteración o amenaza debe ser con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Invocó el Convenio N° 169 de la OIT²⁰⁴ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰⁵. Es competencia de los jueces la búsqueda de soluciones para encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de derechos tutelados constitucionalmente (CSJN, Fallos, 327:2127; 329:2179; 330:4647; 332:1394 y 1616).

Si se relee lo manifestado precedentemente, la mirada de la justicia salteña evidencia una interpretación conforme a una autoridad externa, aludiendo y aplicando estándares internacionales con relación a los pueblos indígenas. Este fallo tiene la particularidad de que fue dictado a favor de una comunidad indígena en la propia jurisdicción provincial, a diferencia de los fallos²⁰⁶ en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ordenó a la Corte de Salta que dicte nuevos fallos.

²⁰⁴ En su art. 14.3 dispone que: “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”

²⁰⁵ Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención.

Art. 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita olicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.

²⁰⁶ “Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”; “Salas, Dino y otros vs. Provincia de Salta, y Estado Nacional – Amparo”; “Comunidad Eben Ezer C/ Provincia de Salta”.

3.8 La tutela judicial efectiva y los derechos socio ambientales

COMUNIDAD INDÍGENA HOKTEK T'OI PUEBLO WICHI C/SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE S/AMPARO – RECURSO DE APELACIÓN.²⁰⁷

Los miembros de la comunidad indígena Hoktek t'oi impugnaron, a través de una acción de amparo, dos decretos emitidos por el poder ejecutivo de la provincia de Salta, que autorizaba actividades de desmonte (tala de árboles) en el territorio ancestral de la comunidad.

Después de un trámite judicial extenso, que incluyó una decisión previa de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Justicia de la provincia de Salta hizo lugar a la acción de amparo y anuló los decretos impugnados por la comunidad.

En un primer momento la Corte de Salta consideró que el amparo no era la vía idónea para el reclamo aduciendo que como se necesitaba producir mucha prueba, la misma no era la vía apropiada para resolverse esta cuestión. Asimismo sostuvo que las razones dadas para obviar el empleo de las vías administrativas o judiciales que permitirían alcanzar igual resultado, se sustentan en simples hipótesis sobre el posible fracaso de ellas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que lo resuelto por la Corte de Justicia de la provincia de Salta afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional), por lo que -sin perjuicio de lo que cabe decidir sobre el fondo del asunto- corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias. Argumentó que la Corte provincial debió advertir que la elección del amparo, como remedio judicial expeditivo, se sustentó en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medioambiente provocados por la actividad autorizada por la administración mediante los actos cuestionados, consistentes, entre otros, en la eliminación del bosque a raíz de su

²⁰⁷ En Expte. CJS 22408/01 COMUNIDAD INDIGENA HOKTEK TÓI PUEBLO WICHI - SECRETARIA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE –AMPARO. Fallo de la Corte de Justicia de Salta haciendo lugar al amparo y declarando sin efecto los Actos Administrativos en cuestión. (2003)

deforestación con consecuencias irreparables y "...Constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional", así la Suprema Corte con los votos de los jueces Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert, Vázquez entendió la eficacia del amparo para demandar la protección de los derechos constitucionales de la comunidad indígena y estableció la necesidad de que se realizara el estudio socio ambiental para determinar si la decisión del gobierno provincial de desmontar estas tierras era violatoria de los derechos que la Constitución les reconoce a las comunidades indígenas. Remitió al Tribunal provincial para que dictara nuevo fallo.

La Corte de Justicia provincial siguiendo los lineamientos plasmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace lugar en este caso al reclamo de esta comunidad indígena, que se queja de la vulneración de sus derechos sobre la tierra ancestral, dada la autorización extendida por la autoridad de la provincia de Salta a sujetos privados para talar madera.

Aunque el gobierno provincial alega que las autorizaciones extendidas son válidas a partir de sus facultades en materia de medio ambiente, la Corte provincial y la Corte Suprema subrayan que la Constitución y el Convenio 169 reconocen el derecho de los Pueblos Originarios al reconocimiento de sus tierras ancestrales, y a la participación en la toma de decisiones relativas a los recursos naturales situados en esas tierras.

El Estado provincial apeló la decisión de la Corte provincial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte provincial, y rechazó la apelación del Estado provincial.

Dos menciones sobre este fallo son relevantes: la mirada que tuvo la Corte de Justicia al vincular la tutela judicial efectiva y el significado especial que tiene la protección del medio ambiente. Así lo consideró al mencionar que aún ante la inexistencia de una ley formal que reglamente el ejercicio de la defensa jurisdiccional de los intereses difusos, en orden a la legitimación procesal de la persona o grupo de personas que puedan intentar aquella defensa, no cabe duda que la misma Constitución de Salta impone a los poderes públicos la obligación de defender y resguardar el medio ambiente, en procura de mejorar la calidad de vida previendo la contaminación ambiental y sancionando las conductas contrarias.

En consecuencia se abre una posibilidad de la implementación de medidas autosatisfactivas para violaciones al principio preventivo ambiental y se le otorga importancia a los informes de Evaluación del impacto ambiental persiguiendo el desarrollo sostenible.

3.9 La vinculación de costumbre ancestral y la identidad cultural

C/ RUIZ JOSE FABIAN – RECURSO DE CASACION²⁰⁸

En este caso un integrante de la comunidad Wichí de Lapacho Mocho ubicada a 18 km. de Tartagal de la provincia de Salta fue acusado por la violación de la hija de su concubina, de nueve años. La denuncia fue realizada por la madre de la víctima, que mencionó que como consecuencia del hecho su hija se encontraba embarazada. El imputado fue procesado y apeló la resolución respectiva; la Cámara de Acusación confirmó la sentencia apelada, y negó el recurso de casación intentado por el recurrente. Ante esto, la defensa planteó un recurso de queja ante la Corte de Justicia de Salta. La Corte declaró la nulidad del auto de procesamiento, considerando que la sentencia de la Cámara era arbitraria, puesto

²⁰⁸ En Expte. N° CJS 28526/06. Ruiz, José Fabián s/Recurso de casación. Sentencia de la Corte de Justicia de Salta 29/11/2006, Dres. Silisque, Ayala, Posadas y Garros Martínez

que no se discurrió allí prueba decisiva, en orden a acreditar que en el caso concurre un supuesto de necesidad de respeto a la identidad étnica y cultural del imputado²⁰⁹. Se afirmó, en este sentido, que en la sentencia no se habrían evaluado correctamente el informe pericial antropológico vinculado con la pertenencia del imputado a un pueblo originario²¹⁰ ni un conjunto de manifestaciones de referentes de la comunidad indígena²¹¹, lo que habría conducido, en opinión de la mayoría, a una evaluación irrazonable de las circunstancias del caso²¹². El deber de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez efectúe una evaluación completa de la multiplicidad de datos existentes en la causa acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado. El voto de la mayoría invoca los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial que garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta.²¹³

Amerita mencionar la argumentación de la defensa que sostiene que la decisión apelada ha violado el “derecho consuetudinario” que resguarda la “identidad cultural de los pueblos indígenas” garantizado por el art. 75, inc. 17 de la Constitución nacional, lo que genera un “derecho constitucional indígena”. Añade que, además, se conculcan los arts. 15 y 18 de la Constitución Provincial que garantizan el “respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos” y que no ha habido dolo de su defendido en tanto “se emite un juicio sobre una conducta sólo comprensible en términos del ‘código’ de la comunidad indígena,

²⁰⁹ Idem, voto de la mayoría, considerando 3

²¹⁰ Idem, considerando 6

²¹¹ Idem, considerando 7

²¹² idem

²¹³ Del voto de los Dres. Silisque, Ayala, Posadas

aplicando para ello otro código, el penal, sin que exista una relación intercultural de mutuo entendimiento”, lo cual deviene “discriminatorio”. De ahí que considera que “no existió violación ni reiteración del delito de engaño (...) ya que la comunidad persiste en sus costumbres”, toda vez que “en la supuesta víctima existe la madurez requerida para que la conducta sancionada pueda ser descripta como simple modo de vida, aceptado antropológicamente como una institución social denominada ‘matrimonio privignático’²¹⁴, en el que, a diferencia de lo que entiende la Cámara, no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con su hija”

Lo primero que se plantea es el determinar de modo preciso la costumbre cultural. Considero que la mayoría del tribunal debió realizar un análisis más profundo con respecto a la vigencia del matrimonio privignático en la comunidad wichi.

De hecho, según Octorina Zamora, integrante de la comunidad wichi de Embarcación- Salta, el fallo “..es un precedente nefasto. No es cierto que nuestra cultura esté a favor de las relaciones prematuras ni tampoco del incesto. Basándose en el desconocimiento, la Corte no hizo más que profundizar la discriminación de la que somos víctimas las mujeres de los pueblos originarios”²¹⁵. Quedó claro en la presentación ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Inadi) de la Argentina que no todos los indígenas aceptan el matrimonio privignático, y que muchos de ellos se oponen de modo frontal a su existencia.

La Dra. Garros Martínez en disidencia llevó adelante una exposición detallada de los hechos. Resulta sumamente interesante analizar el voto y las argumentaciones expuestas, ya que la magistrada aborda el meollo del debate bajo estudio, esto es, la tensión entre cultura y derechos humanos, señalando que se trata “tanto de un conducto potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas incompatibles con los derechos

²¹⁴ Matrimonio privignático: relaciones de un hombre con las hijas de su concubina. Tarducci, Mónica Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichí. Notas de Investigación. Boletín de Antropología y Educación. Año 4- N°05. 2013

²¹⁵ Presentación ante el INADI, publicado en diario Pagina 12 , 10 de diciembre 2007

humanos”²¹⁶ Primeramente la magistrada afirmó que la Constitución y los Tratados deben interpretarse de manera armónica. Considera que “en el examen jurídico de (...) los agravios no puede (...) prescindirse de la ameritación contextual de la conducta”, en tanto “los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas...”, lo que, a su juicio, exige una interpretación armónica de los puntos en conflicto.²¹⁷

Enfatizó que según la Corte Suprema los derechos constitucionales no son absolutos: “no podría ser una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que la aplicación de normas emanadas de la facultad legislativa otorgada al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional se opone a los derechos consagrados en el art. 75, inc. 17 de la C.N y 15 de la C.P. y en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22.”, máxime si, toda vez que no hay derechos absolutos en nuestro plexo constitucional, conforme conocida jurisprudencia, “no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a éstos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen”²¹⁸

Por otra parte, en su voto, la jueza remarcó que existe un bloque de constitucionalidad que rige el caso, conformado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, su art. 75, inc. 12 y 17, los tratados mencionados por el art. 75, inc. 22 (en las condiciones señaladas en el art. 75, inc. 23), y el art. 15 de la Constitución Provincial. Así mismo, cabe determinar la aplicabilidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76 Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, ratificado por Ley 24071 de 1992; en

²¹⁶ Fallo Corte de Justicia de Salta, Expte. CJS 28.526/06, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Registro: tomo 109:389/430, voto Dra. Garros Martínez

²¹⁷ Idem, considerando 10

²¹⁸ Idem

vigencia en este país con rango constitucional desde el depósito de la ratificación, en el año 2000. Este convenio es categórico en cuanto a que el derecho a conservar sus costumbres e instituciones (art. 8.1) se halla limitado “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2), máxime si los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para reprimir los delitos cometidos por sus miembros deberán respetarse “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 9.1) ²¹⁹ Por todo esto, manifiesta que “las decisiones judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo”. En razón de lo recién expuesto, “la costumbre comunitaria” invocada por el recurrente para desplazar la acción penal promovida de modo que se resuelva “de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario wichi y no de acuerdo al Código Penal Argentino (...) resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional” y “con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos, ante el cual resulta que se pretende subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado”²²⁰

También para resolver el dilema entre costumbre y norma, la disidencia se valió de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos”. ²²¹ De más está decir, que es criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante un conflicto de preeminencia entre disposiciones de derecho interno y de derecho internacional en el campo de los derechos humanos, debe elegirse aquella interpretación que amplíe y no la que

²¹⁹ Idem, considerando 11

²²⁰ Idem, considerando 12

²²¹ Alston, informe Ed. Unicef cit., p. 59

restrinja el goce de los derechos tutelados. Es decir que las consideraciones culturales deben ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos, en virtud de las pautas interpretativas que otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se advierte con nitidez el ingreso de la dimensión ponderativa en el razonamiento del voto de la magistrada disidente. El horizonte decididamente ponderativo se corrobora cuando, en dicho considerando, se alude al principio de igualdad.

Parafraseando a Alexy²²², en una colisión de principios, cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. La solución de la colisión consiste en establecer entre los principios teniendo en cuenta las circunstancias del caso, una relación de precedencia condicionada, lo cual importa identificar las condiciones en que un principio precede a otro. Para determinar cuál es la relación de precedencia condicionada, se establece cuál es el peso de los principios. Tal procedimiento suele ser denominado *ponderación*. Es importante recordar que los principios son normas que tienen la misma jerarquía formal. Por lo tanto, no resulta posible establecer una relación de precedencia absoluta entre ellos. Dicha relación debe, forzosamente, tener lugar en el contexto de un caso concreto.

La mirada que tuvo el voto disidente en el fallo de la Corte de Salta, conducido por una interpretación sistémica, considero que fue por el camino de interpretación adecuado ya que el respeto a las tradiciones, usos o costumbres debe mantenerse siempre y cuando garanticen el respeto a los derechos fundamentales. La magistrada se preocupó y ocupó de conocer sobre la cultura indígena recurriendo a publicaciones de especialistas que realizaron trabajos de campo. Asimismo invoca manifestaciones de las propias protagonistas-mujeres wichi. Interpela al encuentro del uno con el otro para decirlo hermenéuticamente, desde la estructura lógica del diálogo.²²³

Una primera mirada del fallo permitiría acusarlo de inoportuno, por quebrar el principio de igualdad. Evidencia una suerte de “privilegio” al imputado por razón

²²² Alexy, R. (1985). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

²²³, Hans., “Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica”, Salamanca, Sígueme, 1977; 12ª reimpr. 2012. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito

de su condición de indígena. ¿Se puede invocar el art. 75 inc. 17 de la CN exigiendo el respeto por pautas culturales ancestrales para eludir los preceptos contenidos en la ley penal?

Cabe aclarar que en 2016 finalmente se realizó el juicio contra José Fabián Ruiz. El Tribunal de Juicio Distrito Orán, lo encontró penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la convivencia preexistente y le impuso una pena de 8 años de prisión de cumplimiento efectivo. Dado que el imputado ya había cumplido 7 años de prisión anteriormente, quedó en libertad.

“¿Consuetudinario? ¿Qué será no? (le explico) Ah sí, algunos wichi someten a las mujeres las violan y creen que eso está bien, que así es la cultura y eso van a mentirle a la justicia. Digo mentirle porque no es verdad, a nadie le enseñan a violar, eso está mal y la justicia tiene que ser justa con las personas víctimas. Lo peor es que la Justicia se lo cree, eso me hace reír.” (Ojelio Cañizales –2019)

3.10 Repercusiones por la costumbre ancestral

¿En qué casos los derechos humanos ponen en tensión una determinada costumbre? ¿Los derechos humanos puedan operar como un límite de prácticas culturales, cuando éstas violentan a miembros vulnerables de esos grupos? ¿Existe un antagonismo entre el relativismo cultural y el universalismo de los ddhh? Son las preguntas inevitables después de analizar la sentencia de la Corte de Justicia de Salta en el caso Ruiz.

El fallo tuvo gran repercusión, ya que en el año 2009 se realizó un documental producido para el canal de televisión pública Encuentro y en el año 2012 se estrenó la película “El etnógrafo”, con guion y dirección de Ulises Rosell. Esta película relata la situación desde la mirada de John Palmer, antropólogo y representante legal de la comunidad Lapacho Mocho. Palmer arribó al Chaco Salteño (norte argentino) hace más de 30 años con un doctorado de Oxford, con el objetivo de estudiar la cultura wichí. Lentamente su vida se fue involucrando

con sus sujetos de estudio y hoy convive con Tojueia, una joven mujer aborigen con la que tiene 4 hijos que hablan inglés, wichi y español. La película narra tanto su vida familiar como profesional y trata el caso del matrimonio privignático.²²⁴ Ésto generó grandes polémicas en el ambiente antropológico y jurídico²²⁵. Puntualmente Liliana Bergesio en su trabajo²²⁶ procura dar cuenta de distintas visiones muchas de ellas divergentes. Hace referencia a una charla-debate organizada por la Universidad de Palermo (Buenos Aires) bajo el título de «Figuras penales y normas indígenas», en octubre de 2012, donde una de las invitadas a la misma, la antropóloga de la Universidad de Buenos Aires y doctora en Filosofía del Derecho Mora Carrasco, sostuvo que el acusado Ruiz «había tenido una actitud de responsabilidad y protección hacia la madre y la hija» y que «en esa comunidad, el hecho de que aceptara a las dos implicaba que tenía capacidad para sostener dos familias nucleares».

En respuesta a algunos de estos argumentos, Eugenia Morey, docente de Antropología Económica de la Universidad de Buenos Aires, sostiene que:

«En este caso queda claro que la ‘autoridad etnográfica’ dominante está de la mano de los patrones disciplinares de las doctrinas religiosas que los sustentan. Es prueba de ello que se silencien las luchas de aquellas mujeres que –desde las mismas identidades culturales– sostienen que los abusos sobre las mujeres en las propias comunidades responden a las condiciones de vulnerabilidad que imponen los regímenes de dominación más extendidos. Cuando las mujeres hablaron como la madre y su hija o la *niyat* y la maestra, denunciando una violación, fueron los hombres quienes corrieron a callarlas en ‘compañía’ luego de otras mujeres que primero se presentaron con sus profesiones como bandera. Así, el silencio volvió a las

²²⁴ Documental El etnógrafo de Ulises Rosell <https://www.fundacionitau.org.ar/presentamos-el-documental->

²²⁵ Se trató el análisis del fallo en sendos trabajos y tesis tal como “Tensiones entre el discurso de los derechos humanos y la reivindicaciones de mujeres indígenas desde la perspectiva del ordenamiento internacional” de Ana Florencia González. Universidad de Barcelona.

²²⁶ Bergesio, Liliana Pueblos distantes, derechos universales y voces silenciadas en torno a un documental sobre los wichí. Universidad Nacional de Jujuy. Revista Española de Antropología Americana 2015, vol. 45, núm. 2, 477-498. ISSN: 0556-6533 <http://dx.doi.org/10.5209/REAA.5493>

mujeres wichí, a quienes se les mostró como lección autorizada en los medios quién tenía derecho de voz. Del abuso se pasó a la falta de entendimiento, a la falta de comprensión, y la violencia colonial tomó nuevamente su lugar de autoridad, otorgando o negando permisos y colocando las jerarquías aceptadas en su lugar. Primero fueron antropólogos y antropólogas, abogadas, caciques y chamanes quienes pusieron en la mesa ‘verdades inquebrantables’ que callaban sus propios intereses» (Cosecha Roja 2012)²²⁷

En esa oportunidad Mónica Tarducci, del colectivo de Antropólogas Feministas e investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de la UBA, formuló el siguiente planteamiento:

«¿Qué significado le deberíamos dar a la noción de cultura en la construcción de una normativa de orden ético y moral? ¿Qué hacer con la diversidad cuando alguna práctica cultural concreta viola los derechos humanos universales? ¿A dónde nos lleva esa reivindicación de la diversidad, si queremos un mundo más justo? ¿Qué significan ‘cultura’ o ‘tradición’ cuando las mujeres son impedidas de ejercer libertades básicas como buscar trabajo, decidir tener o no hijos, usar o no velo? O cuando las niñas son mutiladas sexualmente, o se obliga a una mujer violada a casarse con el agresor, o se quiere presentar el estupro de una niña por su padrastro como ‘formando parte de la cultura’. Deberíamos adoptar una visión menos romántica y más realista de las comunidades tradicionales y sus culturas. ¿Por qué en nombre del relativismo cultural se aceptan comportamientos que ninguna persona encontraría tolerable en su propia sociedad?» (Página 12, Suplemento Las 12 2012).²²⁸

Concluye Lilita Bergesio.

“En este marco, los derechos humanos aparecen como una oportunidad si se toman las precauciones antes puntualizadas, esto es, que las generalidades no terminen diluyendo las particularidades, sino que se las

²²⁷ Idem

²²⁸ Idem

considere en un proceso de diálogo plenamente intercultural, donde no se habiliten fisuras (por descuido o con intención) por donde puedan colarse posiciones unilaterales.”²²⁹

Por su parte, Rita Laura Segato (2003) sostiene:

“... así como los derechos de los pueblos (o grupos étnicos) se encuentran en tensión con los derechos de la nación en su soberanía y en su unidad, los derechos humanos de las mujeres son percibidos desde la perspectiva de la moral tradicional y del sistema de status como encontrándose en contradicción y tensión irresoluble con los derechos étnicos del pueblo, en su unidad y soberanía, casi siempre emblemáticos en la figura de un derecho masculino, guerrero y territorial.”²³⁰

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Ley 24071/92 es categórico en cuanto a que el derecho a conservar sus costumbres e instituciones (art. 8.1) se halla limitado “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2).

Comparto la postura de Ferrajoli que sostiene que los derechos fundamentales (o derechos humanos reconocidos constitucionalmente) protegen a todos y son un atributo de cada uno por igual.; y que la universalidad e igualdad de los derechos fundamentales representan la principal garantía de las diferencias culturales reivindicadas por el multiculturalismo.²³¹ Es decir, los derechos humanos son la conquista para defender a todos y especialmente a los más vulnerables.

La hermenéutica ayuda en el diálogo sobre los derechos humanos, en busca de un modelo pluricultural. Según lo expuesto por Gadamer (1977) para el diálogo intercultural se requiere formación, ella permite comunicarse mejor con los demás,

²²⁹ Idem

²³⁰ Segato, Rita Laura. Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

²³¹ Ferrajoli, Luigi, “*Derechos Fundamentales*” en “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

sobre todo con los diferentes.²³² Primeramente tenemos que conocer para comprender y juzgar. Solo se podrá juzgar otra cultura si es posible la comprensión a través del diálogo intercultural (como los horizontes gadamerianos).

Ahora bien, la justicia tiene que hacer prevalecer los derechos de aquellas culturas minoritarias, pero en esas mismas culturas minoritarias deben existir igualdad y respeto por los derechos fundamentales.

3.11 La vinculación de la tierra y el medioambiente.

SALAS DINO Y OTROS C/PROVINCIA DE SALTA Y ESTADO NACIONAL-AMPARO²³³

Se promovió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una acción de amparo contra la provincia de Salta y el Estado Nacional a fin de que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria. La presentación la hicieron la Congregación Wichi San Ignacio de Loyola; Consejo de Organizaciones Wichi Zona Bermejo; la Comunidad El Carboncito; la Comunidad Misión San Francisco; la Comunidad Indígena Guaraní Estación Tabacal; las Comunidades Wichi Zopota y El Escrito; la Comunidad Wichi San José-Chustaj Lhokwe; la Comunidad Misión Wichi Chowayuk; la Comunidad Hoktek T'oi del Pueblo Wichi y la Asociación de Pequeños Productores del Chaco Salteño. En su demanda sostuvieron que se encuentran en juego principios, derechos y garantías de raigambre constitucional, a saber: derecho al medio ambiente (art. 41 C.N.), derechos de los pueblos indígenas (art.

²³² Gadamer H. Verdad y método. Fundamento de una hermenéutica filosófica, Salamanca

²³³ En Expte. C.S.J.N Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional, 26/03/2009 fallos 332:663, disponible en <http://www.csjn.gov.ar/data/sda.pdf>

75, inc. 19 C.N. y Convenio OIT N° 169), derecho a la vida y a la salud (art. 42 C.N.), derecho a la autonomía (art. 19 C.N.), a la igualdad real (art. 16, C.N.), a la protección de creencias (art. 14 C.N.) y la vida familiar (art. 14 C.N.). Asimismo, se encontrarían involucrados en el caso el derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso (art. 18 C.N.), al principio de legalidad (art. 19 C.N.), al principio de razonabilidad (art. 28 C.N), la jerarquía normativa (art. 31 y 75, inc. 22 C.N) y disposiciones normativas concordantes de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 C.N. y la Ley General del Ambiente N° 25.675.

En diciembre de 2008 la Corte Suprema ordenó de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques nativos autorizados por la provincia por entender que por intermedio de ella se habrían alterado los efectos normales de actos que, en virtud de su naturaleza, gozan de presunción de legitimidad por lo que quien los impugna deberá acreditar de modo preciso, concreto y detallado, las razones en que funda su pretensión de privarlos del status jurídico que el ordenamiento legal les otorga con el fin de permitir al Estado el cumplimiento de sus cometidos

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza in limine el pedido del Estado Provincial que se deje sin efecto la medida cautelar, entendiendo que se funda en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4) que dispone: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

La aplicación del principio precautorio según la Corte implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

En este caso, la aplicación del principio precautorio obligó a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos.

“En el presente caso se ha demostrado claramente que se otorgaron autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se ha efectuado ningún estudio..... Se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio. El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (..)”²³⁴

El principio precautorio es sustantivo del derecho ambiental, genera una obligación de previsión anticipada y extendida en los funcionarios públicos, en defensa del medio ambiente.

²³⁴ Del voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni en el fallo de fecha 26 de marzo de 2009

¿Qué mirada tuvo la justicia en este caso? Lo decidido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta por un lado interesante ya que señala la importancia del estudio de impacto ambiental acumulativo. Los conceptos que se sustentan en el decisorio bien puede ser parte del andamiaje conceptual que visibilice la problemática de la degradación y la idea de un daño irreversible que vería afectado el hábitat. La Corte entendió que se debe adoptar una actitud enérgica en defensa del medio ambiente. Y por otro lado, cuestionable, ya que no trató la afectación que implica “especialmente” a las comunidades indígenas.

La Corte, posteriormente en 2011, consideró que el Estado provincial de Salta, en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos naturales (arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de dichos bosques. Esto con la promulgación de la ley 7543, y los decretos 2785/2009 y 2789/2009, que crean la Agencia de Áreas Protegidas y de la Agencia de Bosques Nativos respectivamente²³⁵, ello evidenció la voluntad política del Gobierno Provincial de superar el conflicto que dio origen al proceso y demuestra un avance significativo de la legislación provincial en lo que concierne a la protección de los bosques nativos, mediante la utilización de diversos instrumentos de gestión ambiental, por lo que levantó la suspensión ordenada, al haber desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión.

Asimismo como ya dije, se declaró incompetente disponiendo la remisión de la causa a la Corte de Justicia de Salta. Cabe señalar que la Corte de Justicia de Salta se pronunció con relación a su competencia²³⁶ y resolvió recursos interpuestos en cuestión de integración de litis, participación del ministerio público,

²³⁵ Cabe señalar que la Secretaría de Ambiente de la Nación participó, mediante el asesoramiento del Dr. Néstor Cafferatta, entonces integrante de esa Secretaría, en la preparación del proyecto de ley

²³⁶ Expte. CJS 35192/12 Salas, Dino y otros vs. Provincia de Salta y Estado Nacional -Amparo

procesos colectivos²³⁷ pero aún no atendió la cuestión de fondo, ni se dispusieron otras medidas para analizar el estado actual de las talas y desmontes.

La mirada que tuvo la justicia nacional y local fue dirigida a atender la cuestión de preservación del medioambiente, independientemente de la invocación que hicieran los amparistas sobre los derechos de los pueblos indígenas consagrados en la Constitución y el Convenio OIT N° 169.

El derecho al medio ambiente se encuentra reconocido en el art. 41 de la CN que prescribe “**todos** los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo...” (el resaltado me pertenece). La legislación ambiental no reconoce la “diferente relación” de los pueblos indígenas con el ambiente. Cabe aclarar que se trata de una relación intrínseca con ellos mismos. Esta relación significa una estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura, al arraigo biofísico, al espacio histórico-cultural donde se comparten conocimientos, tradiciones y un patrimonio común dentro de un recinto geográfico. Esta “dependencia” con la tierra, el agua, el aire, los recursos naturales, son su medio de subsistencia y en consecuencia constituye su supervivencia como comunidad. En esta situación la degradación del medio ambiente en las tierras y territorios indígenas es particularmente desbastador por lo tanto coloca a los derechos de los pueblos indígenas en un plano especial con relación al medioambiente. Sin embargo, esto en este caso, no fue objeto de consideración por parte de la Corte Suprema.

“La tierra es el bien más grande, es lo que nos alimenta y el lugar donde vivimos. Nosotros valoramos mucho la tierra, y vemos con pena como el blanco lo destruye todo, como tala el monte, como contamina el río... es para llorar” (Arsenio Torrez – 2019)

²³⁷ Salas, Dino y otros vs. Provincia de Salta y Estado Nacional – Amparo” (Expte. N° CJS 35.192/12) (Tomo 196: 683/698 – 31/marzo/2015)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente ha permitido en los últimos años generar estándares importantes para el reconocimiento de esta “relación particular”. Así lo ha manifestado: “Para las comunidades indígenas la relación la tierra 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”²³⁸....”De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo”²³⁹. Por lo que la jurisprudencia de la CIDH resulta una guía fundamental a seguir para adecuar nuestro sistema a la protección del medioambiente juntamente con los pueblos indígenas.

La reflexión que me cabe es la de entender que el tratamiento que le dio la Corte Suprema se aleja de la concepción de la tierra tratada en la causa de la comunidad Eden Ezer analizada precedentemente

3.12 El derecho a la tierra, al medio ambiente sano, la consulta popular

COMUNIDADES ABORIGENES LHAKA HONHAT C/ PROVINCIA DE SALTA

Este caso paradigmático involucra a comunidades indígenas, principalmente wichi, que reclaman la titulación de sus tierras. Haciendo un repaso suscito del caso, en 1984 se produce la reivindicación de los Lotes fiscales 55 y 14 del departamento Rivadavia Provincia de Salta.

En julio de 1991, Lhaka Honhat presentó al Gobierno de la Provincia de Salta un reclamo administrativo solicitando el título de propiedad de la tierra, solicitando:

“Lo fundamental para nuestro pedido son los mapas en los cuales mostramos todos los lugares, con sus nombres en nuestros idiomas, que

²³⁸ Corte IDH 2001, párrafo 149

²³⁹ Corte IDH 2007, párrafo 121

son importantes para nosotros. Son importantes porque son lugares donde vivimos o donde hemos vivido; son lugares donde recorreremos para aprovechar los bienes que encontramos en ellos; también son lugares que nos hablan de nuestra historia. Los nombres tienen su significado -nos hablan de las plantas, de los animales, de los suelos, de las aguas o de algo que ocurrió en el lugar...”.²⁴⁰

Por medio del Decreto nro. 2609/91 del Poder Ejecutivo salteño, el Estado provincial se compromete a la entrega de tierras indivisas; en 1992 las comunidades se organizan como Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat.

Esta Asociación se presenta ante la Corte Suprema de Justicia en contra de la Provincia de Salta solicitando la inconstitucionalidad de la ley provincial 7352/05 en cuanto convoca a una consulta popular vinculante a los pobladores del departamento de Rivadavia. Invocaron que esta ley trasgrediría los arts. 14, 16, 17, 31 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, los arts. 2 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los arts. 17 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los arts. 11 y 23 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre DDHH y el Convenio OIT N° 169. Asimismo responsabiliza al Estado Nacional por la responsabilidad internacional por el dictado de la ley local, que viola tratados internacionales.

La Corte Suprema entiende que resulta evidente que el conflicto normativo constitucional enunciado pertenece al ámbito local y requiere para su solución la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico provincial. Resulta interesante mencionar el voto disidente del Dr. Zafaroni que considera evidente la presencia en el proceso de puntos regidos por la legalidad constitucional federal (art. 75 inc. 17 y art. 16 de la CN)

²⁴⁰ El pedido fue solicitado por la comunidad del Lote 55, extraído de: Carrasco Morita, Zimmerman Silvina Argentina: el caso LHAHA HONHAT. Informe 1 IWGIA – 2006

La mayoría de la Suprema Corte descarta su competencia originaria por razón de la persona respecto de la impugnación constitucional de la ley provincial que convoca a consulta popular sobre el derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, si no se advierte cuáles han sido las omisiones que se imputan al Estado Nacional en orden al art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y su relación con el objeto principal de la demanda, por qué resultaría insuficiente el remedio establecido en el art. 14 de la ley 48, ni se observa con claridad la responsabilidad internacional que podría acarrear al Estado el dictado de la ley provincial.

La Corte construye toda su argumentación en clave a la competencia y se abstrae de entender la colisión de derechos de igual rango, tales como los derechos de los pueblos indígenas como el de la consulta popular, en este caso a través de un referéndum.

La polémica no deja de ser interesante ya que la Corte no consideró el significado que tiene la tierra para las comunidades indígenas, tal como lo sostiene el Convenio de la OIT N° 169” los pueblos indígenas tienen un vínculo especial con la tierra que los determina como sujetos y su debida protección”. El convenio de la OIT N°169, es el primer instrumento internacional que relaciona a los Pueblos Indígenas con el Medio Ambiente en su artículo 4. El texto legal no reconoce expresamente el derecho al medio ambiente, pero impone a los Estados la obligación de adoptar medidas especiales para proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas, tales como:

- *Estudios de Impacto Ambiental de las actividades de desarrollo que se propongan, artículo 7 numeral 3;
- * El Reconocimiento de los derechos de subsistencia, artículo 23; la protección de los recursos naturales, artículo 15 numeral 1;
- * Las medidas para proteger y preservar los territorios de los pueblos indígenas; y,
- * Exige la participación y consulta de las comunidades y la buena fe en la evaluación y ejecución de los proyectos.

En este orden, tanto la Comisión como la Corte Interamericana realizan un examen a la luz de ampliar el alcance de este vínculo especial, entendiendo que el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus tierras, territorios y los recursos naturales pone en juego especialmente el derecho a la identidad cultural y el derecho a la vida porque implica un riesgo para la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.²⁴¹

Sirva como claro ejemplo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador ²⁴², que consideró que "el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática", de tal modo que los Estados están obligados a consultar debidamente a las comunidades asentadas en sus territorios sobre asuntos que incidan o puedan incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

Por consiguiente, la Corte de Salta en 2007 se expide sosteniendo que la libertad de acción del Tribunal de la causa no es, después de la sentencia revocatoria de la Corte Federal, tan amplia como antes. Debe decidir, por cierto, según el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al revocar el fallo cuestionado mediante el recurso extraordinario, en los puntos tratados por el Alto Tribunal. Resuelve dejar sin efecto el Decreto n° 461/99 y la Resolución n° 423/99 de la Secretaría General de la Gobernación y ordenar al Poder Ejecutivo Provincial que se practiquen, en debida forma, las notificaciones de los ocupantes relevados, es decir, mediante notificaciones personales y en la respectiva lengua aborigen. Arguye que la omisión de dar cumplimiento con la notificación prevista en el decreto 1467/90, impuesta en salvaguarda de los derechos fundamentales de los pobladores aborígenes, ha impedido que éstos tuvieran la adecuada oportunidad de hacer conocer sus opiniones en defensa de los derechos que esgrimen sobre las tierras que integran el objeto del amparo. Ello acarrea la

²⁴¹ Corte IDH, 2001 Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni. También en Corte IDH, 2007, párr. 120 y 121

²⁴² Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 217.

configuración de un vicio grave manifiesto que determina la nulidad de los actos irregularmente cumplidos.

Simultáneamente la Comunidad se presenta ante la CIDH debido a la falta de respuesta del estado federal y el estado provincial.

En el año 2000 se inició un proceso de solución amistosa ante la CIDH. Ambas partes resolvieron que el fin del proceso era acordar el otorgamiento del título único de propiedad comunitaria de las tierras así como la realización del informe de impacto socio-ambiental y la correspondiente consulta a las comunidades con relación a las obras iniciadas en el territorio indígena. Las numerosas reuniones efectuadas entre las partes; y la presentación de una propuesta del gobierno salteño y la presentación de una propuesta alternativa del Estado Nacional, que no ha tenido trámite derivaron en la admisibilidad por parte de la CIDH en 2006 pues se considero que el caso reúne los requisitos previstos en el artículo 46 y 47 de la Convención Americana. Esto es: que las comunidades indígenas han acudido a la justicia del Estado en que se encuentran, que han interpuesto todos los recursos legales previstos internamente para la defensa de sus derechos, considerando que los hechos denunciados por los peticionarios sobre la falta de implementación de una política de demarcación y titulación de tierras por parte de la Provincia de Salta, a través de una forma legal respetuosa de la forma de vida de las comunidades, de ser comprobada podrían caracterizar violaciones a los derechos garantizados en los artículos 8 (1) garantías judiciales, 13 (libertad de pensamiento y de expresión) en conexión con el artículo 23 (derechos políticos), artículo 21 (derecho a la propiedad privada)⁴⁴ y, artículo 25 (protección judicial), todo de la Convención Americana en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1 y 2 de dicho tratado.

La Comisión ha presentado en el 2012 su informe de fondo, recomendando que el Estado Argentino debe concluir prontamente la formalización del proceso llevado a cabo respecto de los Lotes Fiscales 14 y 55, teniendo en cuenta, además de los estándares interamericanos señalados en el informe, los siguientes lineamientos:

“Los peticionarios tienen el derecho a un territorio indiviso que les permita desarrollar su modo de vida nómada; las 400,000 hectáreas que el

gobierno ha prometido adjudicarles debe ser continuo, sin obstáculos, subdivisiones ni fragmentaciones, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades. Remover las cercas que han sido puestas dentro del territorio indígena. Controlar la deforestación. Otorgar reparaciones por las violaciones al derecho a la propiedad territorial y al acceso a la información derivadas del desarrollo de obras públicas sin llevar a cabo consultas previas ni estudios de impacto ambiental, y sin otorgar a las comunidades los beneficios derivados de las mismas. Asegurar que en la demarcación del territorio y la aprobación de cualquier futura obra pública o concesión que se realice en tierras ancestrales, el Estado lleve a cabo consultas previas informadas, estudios de impacto ambiental y otorgue los beneficios derivados, de conformidad con los estándares interamericanos.”²⁴³

El estado provincial incumplió sus disposiciones y recomendaciones, por lo tanto en febrero de 2018 el caso es presentado formalmente a la Corte Interamericana para su resolución. En marzo 2019 tuvieron la audiencia pública con representantes de las comunidades indígenas y criollas en donde se solicitó la visita de los miembros de la Corte IDH. En mayo de 2019 se realizó la visita in situ, los jueces Humberto Sierra Porto y Francisco Pazmiño Freire hicieron un recorrido por varios parajes del territorio salteño reclamado por las comunidades de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat .

El 6 de febrero de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia, mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas que habitan los lotes identificados con las matrículas catastrales 175 y 5557 del Departamento Rivadavia, de la Provincia de Salta, antes conocidos

²⁴³ Informe No. 2/12. Caso 12.094 Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Fondo Argentina. 26 de enero de 2012

como lotes fiscales 14 y 55. La República Argentina fue notificada formalmente de la Sentencia el día 02 de abril de 2020.²⁴⁴

Del análisis de la sentencia emanada por la Corte Interamericana²⁴⁵, se destaca que:

El Estado Argentino violó el derecho de propiedad comunitaria. Además, de violar los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos. Consideró que la Republica Argentina violó, en relación con su obligación de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las siguientes disposiciones del mismo tratado: (i) el artículo 21, que reconoce el derecho de propiedad, en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, receptados en los artículos 8.1 y 25.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno mandada en el artículo 2; (ii) el citado artículo 21 y los derechos políticos, establecidos en el artículo 23.1; (iii) el artículo 26, que recoge derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y (iv) el artículos 8.1, por la demora en la resolución de una causa judicial.

Los aspectos de fondo del caso fueron analizados por la Corte Interamericana en tres apartados de la Sentencia, en los cuales se determinaron violaciones a:

1. Derecho de propiedad comunitaria indígena

La Corte Interamericana advirtió que en el caso no se hallaba en discusión el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre el territorio ancestral, sino si la conducta estatal seguida le había brindado seguridad

²⁴⁴ La Corte integrada por los siguientes jueces: Elizabeth Odio Benito, Presidenta; L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente; Eduardo Vio Grossi; Humberto Antonio Sierra Porto; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, y Ricardo Pérez Manrique. El Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

²⁴⁵ file:///E:/54387/Documents/resumen%20CORTE%20INTERAMERICANA%20LHAKA%20HONHAT.pdf

jurídica adecuada y si había permitido el libre ejercicio y goce de ese derecho.

Al respecto, el Tribunal recordó que el derecho de propiedad, plasmado en el artículo 21 de la Convención, comprende, en relación con pueblos indígenas, la propiedad comunal de sus tierras. Señaló que la posesión tradicional de las mismas por parte de las comunidades indígenas debería bastar para el reconocimiento oficial de la propiedad. Dejó sentado que el Estado debe dar seguridad jurídica al derecho, dando un título jurídico que lo haga oponible ante las propias autoridades o a terceros y asegurando el goce pacífico de la propiedad, sin interferencia de externa de terceros. Asimismo, señaló que el derecho de propiedad comunitaria implica que las comunidades tengan participación efectiva, con base en procesos adecuados de consulta que sigan pautas determinadas, en la realización, por parte del Estado o de terceros, de actividades que puedan afectar la integridad de sus tierras y recursos naturales.

La Corte entendió que los Decretos 2786/07 y 1498/14 constituyeron actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada. Asimismo, valoró el proceso de acuerdos, relacionado con la propiedad, seguido en el caso a partir de 2007 entre las comunidades indígenas, organizaciones criollas y el Estado. Ello, por cuanto tiene potencialidad para permitir al Estado cumplir sus obligaciones y satisfacer los derechos implicados. Sobre el particular, resaltó que el Estado debe cumplir sus obligaciones respecto a las comunidades indígenas, pero al hacerlo debe observar también los derechos de la población criolla.

Pese a lo dicho, el Tribunal observó que no ha concluido el proceso para concretar la propiedad comunitaria. Luego de más de 28 años desde que se reclamara el reconocimiento de la propiedad, el mismo no ha sido garantizado plenamente. El territorio no ha sido titulado de forma adecuada, de modo de brindar seguridad jurídica, no se ha demarcado y subsiste la permanencia de terceros.

La Corte Interamericana evaluó también que Argentina no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria. Eso hizo que las comunidades indígenas no contaran con una tutela efectiva de su derecho de propiedad. El Tribunal concluyó, entonces, que el Estado violó el derecho de propiedad comunitaria, en relación con el derecho a contar con procedimientos adecuados y con las obligaciones de garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, incumpliendo el artículo 21 de la Convención, en relación con sus artículos 8, 25, 1.1 y 2.

Por otro lado, la Corte Interamericana notó la relevancia del puente internacional construido, que involucra el tránsito fronterizo y la política estatal respecto a las fronteras del país. El puente, pese a ello, se construyó sin procesos previos de consulta adecuados. Por eso, Argentina violó los derechos de propiedad y participación de las comunidades, incumpliendo los artículos 21 y 23 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del tratado.

2. Derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural

El Tribunal Interamericano consideró procedente examinar estos cuatro derechos en su interdependencia y de conformidad a sus especificidades respecto a pueblos indígenas. Entendió que la tala ilegal, así como las actividades desarrolladas en el territorio por población criolla, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y en su acceso al agua. Lo anterior alteró la forma de vida indígena, lesionando su identidad cultural pues si bien esta tiene carácter evolutivo y dinámico, las alteraciones a la forma de vida indígena en el caso no se basaron en una interferencia consentida. El Estado tuvo conocimiento de las actividades lesivas y adoptó distintas acciones, las cuales no han sido efectivas para detenerlas. Esta falta de efectividad se enmarca, además, en una situación en que Argentina no ha garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar las actividades

sobre su territorio. Por ello, el Estado violó el artículo 26 de la Convención Americana en relación con su artículo 1.1.

3. Garantías Judiciales

Por último, la Corte Interamericana observó que, a partir del amparo presentado por Lhaka Honhat contra el Decreto 461/99 (y contra una Resolución), el 15 de junio de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso que el Poder Judicial de Salta debía emitir una decisión y que, a pesar de eso, fue recién tres años después, el 8 de mayo de 2007, que la Corte de Justicia de Salta dejó sin efecto el Decreto y la Resolución. No se advirtió justificación para tal demora. Por ello el Estado violó la garantía judicial del plazo razonable. Por consiguiente incumplió el artículo 8.1 de la Convención, en relación con su artículo 1.1.

La Corte Interamericana ordenó al Estado, como medidas de reparación, que con la mayor celeridad posible y en un plazo máximo de seis años:

a) Concluya las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas sobre su territorio. El título debe ser único, es decir, uno para el conjunto de todas las comunidades y relativo a todo el territorio, sin perjuicio de los acuerdos de las comunidades sobre el uso del territorio común. b) Remueva del territorio indígena los alambrados y el ganado de pobladores criollos y concrete el traslado de la población criolla fuera de ese territorio, debiendo promover que ello sea voluntario, evitando desalojos compulsivos durante los primeros tres años y, en cualquier caso, procurando el efectivo resguardo de los derechos de la población criolla, lo que implica posibilitar el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial.²⁴⁶

El caso de Lhaka Honhat es un hito sobre el derecho de los pueblos indígenas a su propiedad ancestral en nuestro país y marca un precedente categórico. Por primera vez en un caso contencioso, la Corte Interamericana analizó los derechos

²⁴⁶ Idem

a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana. Además, la Corte dispuso que su Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación y ordenó también a la República Argentina:

- 1) abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas en la Sentencia;
- 2) presentar a la Corte un estudio que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, formule un plan de acción para atender esas situaciones y comience su implementación;
- 3) elaborar, en un plazo máximo de un año, un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada;
- 4) crear un fondo de desarrollo comunitario e implementar su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años;
- 5) realizar, en un plazo máximo de seis meses, publicaciones de la Sentencia y su resumen oficial, así como actos de difusión de este último documento, inclusive por emisiones de radio, en lenguas indígenas y en español;
- 6) adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos para tal fin;
- 7) pagar, en el plazo de seis meses, una suma de dinero, fijada en la Sentencia, por concepto de reintegro de gastos y costas;
- 8) rendir al Tribunal informes semestrales sobre las medidas de restitución del derecho de propiedad, y
- 9) informar a la Corte en el plazo de un año sobre las medidas adoptadas para cumplir con todas las medidas ordenadas en la misma.

3.13 Reflexión. Mi mirada

La hermenéutica jurídica valiéndose de los criterios de racionalidad que proporciona la argumentación jurídica, puede constituirse en una nueva vía de búsqueda de la racionalidad de las decisiones judiciales, centrada en identificar los prejuicios irracionales del juez para que los pueda descartar.

Los casos traídos a reflexión proporcionan un rico material desde el cual reducir la interpretación, como se ha pretendido durante mucho tiempo, a un mero acto de subsunción de los casos concretos dentro de la generalidad de la ley es sostener la involución de su aplicación.

En este punto me parece destacar que el texto normativo del art. 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación, no ofrece una significación unívoca sino por el contrario un plexo de alternativas o posibilidades que se resignifican entre las circunstancias concretas de cada caso por resolver e "interpretar".

Detener la mirada en el otro, lo pone en el centro de la escena. Alexy (1997) lo ha explicado persuasivamente: "hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo"²⁴⁷ .

En la práctica jurisdiccional concreta de la Corte de Justicia de Salta existen fallos donde pueden observarse avances y retrocesos respecto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Una clara evidencia de esto, son los reclamos de la comunidad wichi que llegaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentando jurisprudencia:

-Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T´Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" (11/7/02, Fallos 325: 1744);

- "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta. Recurso de Hecho" (15/06/04, Fallos 327:2309);

²⁴⁷ Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimp.(del alemán por E. Garzón Valdés)

-“Recurso de Hecho Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo”, (30/9/08 Fallos 331:2119);

Mención aparte para el emblemático caso de Lhaka Honhat, que es el primer proceso de disputa territorial en la Argentina que llega a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto resulta oportuno señalar que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, la Constitución “es la Ley de las Leyes”; lo cual significa que su interpretación debe estar presidida por una inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que ella fue dictada.

La Suprema Corte de Justicia es la que marca el camino para argumentar e interpretar. Asimismo estableció su doctrina oficial sobre la obligatoriedad vertical del seguimiento de su jurisprudencia. Sostuvo que los jueces tienen el “deber moral” de conformar sus decisiones a su jurisprudencia, o el “deber institucional” de someterse a sus precedentes si no se proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición adoptada.²⁴⁸

La función que le corresponde a los jueces

“es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”²⁴⁹.

Asimismo, a través de los fallos analizados quedó confirmada la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁴⁸Fallos 25:368; 304:898; 330:4040; 212:59; 307:1094; 315:2386; 326:4165

²⁴⁹ CSJN 2013. Rizzo Fallos 336;760

sosteniendo su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación²⁵⁰.

Ahora bien, hay que tener en cuenta la última postura esbozada por la Corte en el caso *Fontevicchia*²⁵¹ sobre el valor de las decisiones de organismos internacionales restringiendo el alcance de las sentencias ajustándose a la “esfera de reserva soberana” (art. 27 CN-principios de derecho público local). Todo esto abre un abanico de interrogantes...

En lo concerniente a la Corte de Justicia de Salta, al respecto resulta oportuno nuevamente invocar a Néstor P. Sagüés (2002), “al declarar que el tribunal de la causa tiene que decidir según los lineamientos fijados por la Corte en la sentencia revocatoria, obvio es que recorta el margen de acción del inferior, en los puntos indicados. Precisamente, la libertad de acción del tribunal de la causa no es, después de la sentencia revocatoria de la Corte, tan amplia como antes. Debe decidir, por cierto, según el criterio establecido por la Corte Suprema al revocar el fallo cuestionado mediante el recurso extraordinario, en los puntos tratados por el Alto Tribunal. En lo no considerado por éste, continuará en libertad de decisión”.²⁵² Por consiguiente la Corte de Salta se ajusta a los lineamientos impartidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De los casos analizados la Corte se avocó a lo dispuesto por la Corte en “Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”; “Salas, Dino y otros vs. Provincia de Salta, y Estado Nacional –

²⁵⁰ Aparte en la causa *Mohamed* (2015), la CSJN sostuvo –en forma contundente– que: “...a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ella, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional”

²⁵¹ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.2017. El razonamiento seguido por la CSJN modifica el entendimiento de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, pues se ignora el rol de la Corte IDH como intérprete de la CADH.

²⁵² Sagüés, Néstor P., *Recurso Extraordinario*, Editorial Astrea Buenos Aires, Tomo 2, pág. 472

Amparo”; y en “Comunidad Eben Ezer C/ Provincia de Salta” en uno de los Recursos presentados.

Más allá de entender que cualquier sistema de administración de justicia tiene sus luces y sombras, y en especial los tiempos de la justicia no son los tiempos acuciantes de los pueblos indígenas, queda expuesto que a través del Poder Judicial se da voz a sectores que son históricamente desprotegidos, desplazados. Esto se debe a la falta de políticas públicas que acompañen los reclamos y derechos de los pueblos indígenas. Se ve expuesto en la poca injerencia que tiene el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. En su momento fue creado como un interlocutor que se ocupara de todo lo atinente a los pueblos indígenas pero en la realidad no representó ni expuso las demandas de estos, siendo canalizados a través de la justicia.

“Ser wichi es ser hijo del monte y del río, los dueños naturales pero no reconocidos de la tierra. Nuestros ancestros habitaban aquí antes de la conquista de Colón y por eso nos pertenece, pero no nos respetan ese derecho” (Arsenio Torrez – 2019)

Como dice Ferrajoli (2014), solo a través de la justicia, se da la expansión del constitucionalismo garantista, la garantía de los derechos de cada uno y de todos, la igualdad y la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto.²⁵³

²⁵³ Ferrajoli Luigi “La democracia a través de los derechos. El Constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político”. Ed. Trotta. España

CAPITULO 4

EL PUEBLO WICHI, DERECHOS, JUSTICIA

“Al Estado más que reclamarle le diría que ya se está saliendo con la suya de matarnos de hambre. Igual le recordaría al Estado que hemos resistido a más de 500 años de conquista y que vamos a seguir resistiendo por 500 años más..”

(Arsenio Torrez – 2019)

4.1 Recapitulando. Las respuestas a las preguntas iniciales

Conforme fuera anticipado en la Introducción, este trabajo lo que se busca es conocer a partir del reconocimiento de la preexistencia de los Pueblos Originarios, como se adecúa el nuevo paradigma de Estado acerca de la administración e impartición de justicia en consonancia con los derechos fundamentales.

La centralidad puesta en los derechos fundamentales por parte de esta nueva forma estatal denominada Estado de Derecho, derivó en un mayor protagonismo del Poder Judicial como institución especializada en la resolución de conflictos y en la protección en última instancia de los derechos.

El reconocimiento de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en nuestra Constitución Nacional, no ha derivado de una aplicación directa de éstos, debido a que la norma y su aplicación por los jueces, están mediadas por un conjunto de interpretaciones, que modelan diferentes formas de argumentación.

4.2 ¿Cuál es el alcance del reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas?

El reconocimiento de la preexistencia de otros pueblos, étnica y culturalmente distintos, fue potenciado de manera trascendental al otorgarles constitucionalmente a los indígenas sus derechos.

Esta perspectiva de reconocimiento en lo tocante a la cultura incide en el sentido de la valoración de otras formas de acción jurídica y administrativa.

Estas nuevas concepciones son, justamente, el contenido y argumento central de esta tesis para facilitar el acceso a justicia de los pueblos indígenas

El análisis interpretativo de sentencias judiciales que involucran al pueblo wichi revelan los ejes temáticos que reclaman su atención: personería jurídica, territorialidad, biodiversidad e interculturalidad y como el Poder Judicial interpreta esa demanda. La función de la hermenéutica nos permite abrir interrogantes que nos hacen repensar que pueden ser atendidos e incluso solucionados de distintas maneras.

Tanto de los fallos judiciales analizados como de lo manifestado por los informantes claves surge que los temas que mayormente impactan en la vida y los derechos de la comunidad wichi en Salta, son:

- Reconocimiento territorial
- Ausencia de participación y consulta previa a pueblos indígenas, que garanticen el derecho al consentimiento previo, libre e informado.
- Desconocimiento a la cosmovisión y costumbre indígena.
- Ausencia de intérpretes y asesoramiento bilingüe en las distintas instancias judiciales y peritos especializados
- Existencia de algunas prácticas indígenas cuestionadas por generar violaciones a los derechos humanos y contrarias con la legislación nacional.
- Difícil acceso material de las comunidades a las instituciones públicas, por cuestiones geográficas
- Inexistencia de una propuesta integral y de una política inclusiva de acceso a la justicia intercultural.
- Inexistencia de servicios de representación legal gratuita con especialidad intercultural

Una de las ideas que más fuertemente están presentes en la conciencia de los wichi es el convencimiento de que la justicia no vela, ni por los intereses de la sociedad, ni tampoco por sus derechos. Al pensamiento de que los órganos jurisdiccionales son lentos e ineficaces y tutelan exclusivamente los intereses de los poderosos; se une este otro que afirma que las decisiones judiciales los excluyen de su entorno.

“Sabemos que hay legislación indígena, pero hay que pelear mucho para que se cumplan los derechos. Si la justicia es mala y lenta con los que no son indígenas, con nosotros, imagínese, no llega nunca” (Ojelio Cañizales –2019)

Cuando formulé directamente la pregunta de la confianza en los órganos de justicia estatal, la respuesta fue en todos ellos unánime: descreían de la

administración de justicia de “los blancos”, pero no hicieron referencia a la posibilidad de resolver con arreglo a su derecho consuetudinario en ningún caso. El reclamo a la justicia es básicamente por “su tierra”.

“No accedemos fácil a la justicia. Hay organismos que nos quieren ayudar en ese sentido, pero hay que estar muy bien conectado. Si la gente vive en el monte, donde no llega ni una ambulancia, menos va a llegar el abogado. (se ríe)... Pienso que no le reclamaría nada a la Justicia porque no somos importantes para la ley los wichi ni los indios en general.” (Arsenio Torrez – 2019)

En Argentina se autorreconocen 32 pueblos indígenas preexistentes a la Nación que hablan 13 lenguas originarias distribuidos en distintas provincias²⁵⁴. Esta diversidad determina desde luego variantes en cuanto a la percepción de su identidad étnica, formas de vida, la relación con la tierra y rasgos socioculturales que los diferencian unos de otros. En la provincia de Salta se identifican 9 grupos étnicos: Toba, Pilagá, Mocoví, Wichi, Chorote, Chulupí, Chané, Diaguita Calchaquí y Kolla.²⁵⁵ Para hacer efectivo el reconocimiento constitucional a su preexistencia es necesario atender esta problemática y encontrar vías de solución, teniendo presente las diferentes cosmovisiones culturales. Por eso al circunscribirme al análisis del pueblo wichi y la justicia de la provincia de Salta, las valoraciones y propuestas pueden alcanzar a ese universo y soy consciente que en términos generales puede servir de guía para otras propuestas que deberán adecuarse a las particularidades de cada región y sistemas de justicia.

4.3 ¿Los ddhh ejercen supremacía sobre cualquier otra ley?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha delineado importantes criterios en relación al valor de los tratados de derechos humanos, su jerarquía normativa en

²⁵⁴ Datos extraídos del INAI –Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

²⁵⁵ Datos extraídos de www.portaldesalta.gov.ar

el sistema jurídico argentino, como así también el alcance de las obligaciones que emanan de este tipo de instrumentos. Es decir, la vigencia de un conjunto de Tratados de Derechos Humanos, lejos de constituir una mera aspiración de deseos implica un conjunto de obligaciones que resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino. Desde esta óptica, resulta fundamental destacar que, según el texto del art. 75 inc. 22, los Tratados de Derechos Humanos rigen en el ámbito interno en “las condiciones de su vigencia”. Así lo interpretó la Corte de Justicia de la Nación concluyendo que cada instrumento rige teniendo en cuenta las reservas y declaraciones efectuadas por el Estado y su efectiva interpretación y aplicación por sus respectivos órganos de control. En tal sentido, en el caso “Giroldi, Horacio” la Corte Suprema estipuló el alcance de esta cláusula al señalar:

“Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.... A esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde — en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos (es decir, siguiendo las interpretaciones de los organismos de control), ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”²⁵⁶.

La Constitución Nacional y los tratados constitucionalizados conforman un plexo indisociable de derechos y garantías. La posibilidad de contradicción entre la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional estaría excluida de antemano por la aplicación de la conocida regla de hermenéutica constitucional que exige una interpretación armónica.²⁵⁷

²⁵⁶ 2 CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, 7 de abril de 1995

²⁵⁷ En la causa “Monges, Analía M c/Universidad de Buenos Aires”. Sentencia del 26.12.1996; considerandos 20-22

4.4 Pautas jurisprudenciales en materia de derechos humanos y pueblos indígenas en el Sistema Interamericano

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH) y la Corte Interamericana (CIDH), abordaron la cuestión de los derechos de los pueblos originarios. Los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano han emitido pronunciamientos sobre una serie de materias vinculantes a los derechos de las comunidades indígenas.

Ahora bien, dado el carácter vinculante²⁵⁸ de los fallos de la Corte Interamericana (CIDH) para los Estados que han reconocido su competencia circunscribiré el análisis en la decisión vinculada al derecho a la tierra, -que se desprende del Art. 21 de la CADH- que fue materia de análisis en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y que es el referente a seguir para los reclamos de los pueblos originarios en toda Latinoamérica.

El artículo 21 de la Convención Americana dispone:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La Corte Interamericana en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, abordó la cuestión relativa a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Dicho decisorio, constituye el primer abordaje jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, en materia de tierras para comunidades indígenas.

²⁵⁸ Conforme el Art. 68 de la CADH, Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte

El caso se originó a instancia de una petición presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte del Centro Indio de Recursos Legales y la Comunidad Indígena Awas Tingni en el mes de Octubre de 1995. La presentación endilgaba al Estado de Nicaragua la omisión de delimitar las tierras de la Comunidad Awas Tingni, y de adoptar medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de dicha Comunidad en sus tierras ancestrales, basados en su uso y ocupación tradicionales. Tales derechos, se vieron comprometidos al otorgar Nicaragua una concesión de explotación maderera a una compañía coreana “Sol del Caribe S. A”. (SOLARCSA) sin su consentimiento, discriminando a la comunidad al no suministrarle los remedios judiciales adecuados y efectivos que le permitieran garantizar sus derechos a las tierras y recursos naturales, de acuerdo con el artículo 25 de la Convención. Específicamente, los peticionantes alegaron que Nicaragua había violado las previsiones contenidas en los Artículos 1, 2, 21, 24 y 25 del Convenio Americano, de obligatoria observancia para dicho estado.

La sentencia de la Corte determinó que los Awas Tingni tenían derechos colectivos a sus tierras tradicionales, recursos y medio ambiente. Conforme las normas interpretativas aplicables, artículos 21 y 29.b de la CADH, y la propia legislación interna de Nicaragua, la Corte fijó como comprendido dentro de la protección del artículo 21, el derecho a la “propiedad comunal” consagrado en la legislación interna de Nicaragua

El primer punto que merece ser destacado, es que la Corte realizó una interpretación progresiva del derecho de propiedad, ampliando la visión tradicional del mismo como derecho individual, examinándolo a la luz de las instituciones indígenas como un derecho de ejercicio colectivo y con específicas implicancias culturales.

Asimismo, la Corte formuló algunas consideraciones respecto de la especial naturaleza del derecho de propiedad de las comunidades indígenas, señalando en particular que:

“149..... Entre los indígenas 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. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas 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. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra 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”.

Del considerando transcripto, merecen destacarse dos cuestiones que claramente establece la Corte en materia de territorio indígena: el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra y su vinculación con los aspectos culturales y de supervivencia de los grupos originarios. Es decir, viene a dar la razón jurisdiccionalmente en forma expresa, a una nueva visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural. La misma, comprende el status de pueblo dotado de un conjunto de prerrogativas territoriales y culturales que son un factor primordial de su vitalidad física, y que se relacionan en forma directa con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia²⁵⁹.

A posterior, la Corte agregó:

151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

²⁵⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de Agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

En el presente considerando, la Corte centra el tema de los derechos de propiedad indígena en la forma de acreditar el dominio, ubicando la fuente de los mismos en sus costumbres o en el mismo derecho consuetudinario.

El título indígena es una institución jurídica que ampara los derechos ancestrales de los pueblos indígenas a la tierra, territorios y recursos. Constituye el antecedente remoto o reciente, concerniente a la adquisición de la tierra y recursos que, en el caso de los pueblos indígenas, estaría configurado por la ocupación y utilización inmemorial de los mismos. Este título histórico de primeros ocupantes les otorgaría el fundamento jurídico inmediato para administrar y disponer de sus tierras y de los recursos que en ella se encuentran²⁶⁰.

Al respecto, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Rodolfo Stavenhagen, en la sesión de 20 de Febrero de 2003 del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración Americana, destacó "*el valor de los tratados históricos y otros acuerdos como fuentes jurídicas e históricas*" para el reconocimiento y definición de los derechos de los indígenas a las tierras, territorios y recursos naturales"²⁶¹ Por ello, señala Gonzalo Aguilar Cavallo que

“es posible identificar, al menos, tres fuentes distintas en las que se apoyaría el título indígena, a saber, la legislación que ha surgido del Estado en cuyo territorio están los pueblos indígenas; los tratados concertados entre los conquistadores, colonizadores o los Estados y los pueblos indígenas; y finalmente, el Derecho propio indígena que representa las fuentes indígenas propiamente tales ya que comprende la tradición histórico-jurídica indígena”²⁶².

Sin embargo, los pueblos indígenas nunca habían apelado a ese tipo de parámetros para determinar los límites de sus tierras y para justificar su

²⁶⁰ Aguilar Cavallo, Gonzalo El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno, Revista Ius et Praxis, Vol 11 (1), Univ. Talca, Chile, 2005, Pags 269-295

²⁶¹ Informe del Relator de la Sesión del Grupo de Trabajo sobre la sección quinta del Proyecto de declaración con especial énfasis en las "Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios" 7-8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.113/03 rev.1, de fecha 20 de febrero de 2003, pp. 12-13

²⁶² Aguilar Cavallo, Gonzalo El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno, Revista Ius et Praxis, Vol 11 (1), Univ. Talca, Chile, 2005, Pags 269-295.

propiedad, toda vez que la concepción ius privatista de la misma les resultaba desconocida al momento en que habitan sus territorios desde tiempos inmemoriales que preexistían al propio conquistador español y luego a los Estados Americanos nacidos a instancias de las nuevas tierras descubiertas.

Desde la esfera del Derecho Privado, la forma de constitución y extinción del derecho de propiedad sobre las tierras que ocupaban era directamente ignorada, y como tal fue el mecanismo por el cual fueron a posterior, sistemáticamente despojados de sus pertenencias territoriales en gran parte del territorio americano.

De ello se desprende que los derechos indígenas a la tierra reconocidos por el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁶³, por el artículo 21 de la Convención Americana²⁶⁴ y el Convenio 169 de la OIT, resulta materia de adecuación y observancia por las leyes de cada país²⁶⁵.

Por otra parte se refirió a:

134. La relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes culturales deben guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la ‘protección judicial’ prevista en la CADH (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar ‘ilusorios o inefectivos’.

²⁶³Artículo XXIII: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”

²⁶⁴Artículo 21: “Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. // 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”

²⁶⁵El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. (Cfr Caso Gómez Palomino, Párr. 91; Caso Yatama, Párr. 170; Caso Lori Berenson. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. párr. 220.

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de jerarquía supra legal, en su art. 14.3 dispone, precisamente, que ‘deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional’.

Se sienta el antecedente de constituir a la acción de amparo como la vía adecuada para plantear la protección del derecho a la tierra y al territorio indígena, dado el grave peligro y amenaza que su demora puede llegar a ocasionar.

En definitiva, la Corte Interamericana al admitir la demanda y condenar al Estado nicaragüense, sentó algunas premisas básicas, que ostentan fuerza expansiva al orden jurídico regional. Una de ellas, determina que el Estado debía adoptar en su derecho interno, de conformidad con el Art. 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 resolutive 3).

Por otra parte, en la reciente sentencia en el caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, hizo referencia a la jurisprudencia desarrollada con relación a las comunidades indígenas con sus territorios, como así también a “los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos”²⁶⁶

La Corte entendió que corresponde tener en consideración la interdependencia de los derechos analizados en este caso, (derecho a la propiedad comunitaria, derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural) y la vinculación que presenta el goce de los mismos. Asimismo, tales derechos no deben ser entendidos en forma restrictiva. Expresó claramente que el ambiente se encuentra relacionado con otros derechos, y que

²⁶⁶ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 137. En el mismo sentido, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284,

hay “amenazas ambientales” que pueden impactar en la alimentación, el agua y en la vida cultural.

202. Este Tribunal ya ha manifestado que el derecho a un medio ambiente sano “debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta.²⁶⁷

La Corte ya se refirió al alcance de este derecho:

203.... Afirmó en esa oportunidad que el derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales.

Relacionó estos derechos a una cuestión de igualdad. La Corte ya ha notado, en el mismo sentido, que el “derecho al agua” (como también los derechos a la alimentación y a participar en la vida cultural) está “entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales” y presentan una estrecha vinculación, de modo que algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros.

209. Además, la Corte ha tenido en cuenta que diversos derechos pueden verse afectados a partir de problemáticas ambientales, y que ello “puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad”, entre los que se encuentran los pueblos indígenas y “las

²⁶⁷ Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia 6 de febrero de 2020

comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, fundamentalmente de los recursos ambientales, [como] las áreas forestales o los dominios fluviales”. Por lo dicho “con base en ‘la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación””

La Corte invocó al Relator Especial: “el conjunto formado por la tierra, el territorio y los recursos constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas”²⁶⁸

Con esto queda claro que la jurisprudencia va dotando, de contenido a las obligaciones de los Estados en virtud de los Tratados Internacionales.

4.5 Pautas y Contraste de jurisprudencia nacional

El Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional condensa lo atinente a los pueblos originarios que fuera analizado en el capítulo anterior y comprime once preceptos esenciales para las comunidades indígenas en una sola fracción constitucional.

Como puede apreciarse, tal disposición normativa no solamente trata de una realidad fundamental humana, sino que además posee una gran amplitud semántica en sus términos y una redacción que puede tener en sí misma múltiples interpretaciones, cuando se intentan resolver preguntas tan concretas como: ¿Cuál es el alcance del reconocimiento a la preexistencia de los pueblos indígenas?

Precisamente el debate en torno a dichos temas, y a otros circundantes, ha impulsado la evolución interpretativa del fenómeno en nuestra Justicia.

²⁶⁸ Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia 6 de febrero de 2020. Apartado 253

El reconocimiento de los pueblos indígenas, ha sido objeto de múltiples interpretaciones. Aspectos tan medulares como la conceptualización de la propiedad comunitaria indígena, el derecho a la consulta y la participación, son tratados con profundidad por la Corte Suprema de Justicia en los reclamos que la comunidad wichi planteó ante la justicia. La posibilidad, en ese sentido, que la Corte de Justicia de la Nación fije estándares tiene una influencia preponderante en el resto de la jurisprudencia.

Conforme sostuvo la Corte de Justicia de la Nación en Comunidad Indígena Hoktek Toi s/denuncia , en "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza" y "Comunidad de San José – Chustaj Lhokwe y Comunidad de Cuchuy c/Salta y otro s/amparo", las causas que versen sobre los derechos contenidos en el artículo 75 inciso 17 son de competencia local, salvo que nos encontremos frente a alguno de los supuestos previstos en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.²⁶⁹ Sostuvo la Corte haciendo propio el dictamen de la Procuración:

“la consagración constitucional de facultades concurrentes en la materia entre la Nación y las provincias (artículo 75, inciso 17), no solo tiene raigambre histórica, pues desde la organización nacional fueron los Estados locales los que se ocuparon en primer término de las cuestiones indígenas, e incluso el proceso legislativo de reconocimiento de tales derechos tuvo su origen en las provincias que sancionaron una serie de leyes específicas (...) sino que además responde a los lineamientos

²⁶⁹ Se pronuncio de igual manera en: "Cuiñas, Jorge D.", "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. Comunidades Indígenas del Pueblo Kolla de San Andrés, Santa Cruz y otras s/ interdicto de retener" , "Asociación Civil Ayo La Bomba y otro c. Provincia de Formosa y otro" , "Comunidad Indígena del Pueblo Guaraní Kuña Piru II c. Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/ denuncia ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena, escrituración, y daños y perjuicios" , "Comunidad Aborígen de Tekoa Ama y de Kapii Yuate c. Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/ demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y daños y perjuicios", "Ramos, Lorenzo s/denuncia" , "Comunidad Aborígen de Tekoa Ima y de Kappi Yuate c. Misiones, Provincia de y Estado Nacional s/demanda ordinaria de acción de reconocimiento de posesión y propiedad comunitaria indígena y daños y perjuicios" y recientemente en el fallo de agosto 2020 en "Buenuleo, Ramiro y otros s/Usurpacion".

básicos de un régimen federal equilibrado, que no puede prescindir de las múltiples y variadas realidades locales, con mayor razón en materia aborigen, por el íntimo encuentro entre los distintos pueblos y cada una de las tierras que habitan (arg. decreto PEN 700/2010)” (considerando 4°)” Esa debida consideración a la realidad local exigida por un federalismo equilibrado, complementada por la posibilidad que brinda el artículo 14 de la ley 48 de acudir al máximo tribunal para hacer valer los derechos tutelados por la Constitución Nacional constituyen, a mi modo de ver, la respuesta correcta al argumento esbozado por el tribunal provincial sobre la necesidad de un tratamiento legal uniforme.²⁷⁰

En el caso Comunidad Eben Ezer la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido, una interpretación que fija parámetros contundentes con pautas claras para los tribunales inferiores y contribuye a solidificar una determinada línea interpretativa de los derechos indígenas. Como ya dije este fallo tiene dos aspectos destacables: por un lado reconoce explícitamente el concepto de territorio, tantas veces detractado en el ámbito judicial y por otro habilita la vía expedita del amparo para realizar el reclamo. El fallo introduce la noción de territorio indígena al expresar que el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT define la obligación estatal de respetar la especial relación que los indígenas tienen con las tierras y con el territorio y en particular los aspectos colectivos de esa relación. “El término tierras incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Invocó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas,

²⁷⁰ Dictamen del Procurador General en CSJ 386/2020/CS1 Buenuleo, Ramiro y otros s/ usurpación (art. 181, inc. 1° del C.P.)

sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas"²⁷¹ Por otra parte habilita la vía del amparo "... La relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes culturales deben guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la 'protección judicial' prevista en la CADH (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar 'ilusorios o inefectivos' (Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31/08/2001, Serie C N° 79, párr. 134, sus citas y otros). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de jerarquía supra legal, en su art. 14.3 dispone, precisamente, que 'deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional'. Este antecedente constituye a la acción de amparo como la vía adecuada para plantear la protección del derecho a la tierra y al territorio indígena, dado el grave peligro y amenaza que su demora puede llegar a ocasionar.

En la causa "Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T`Oi c. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" el Alto Tribunal Federal confirmó el principio de operatividad de los derechos. Aparte se avocó al análisis de fondo de la estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con el medio ambiente, de naturaleza diferente a la que tienen otras culturas con el mismo. El derecho al medio ambiente para la concepción indígena está integrado por el "derecho a la tierra" -que apunta a la protección y disfrute de la misma y de sus recursos naturales- y el "derecho al territorio" -que alude a los derechos a la propiedad de la tierra y de sus recursos naturales y a la libertad de uso y explotación de los mismos, conforme a sus costumbres y tradiciones, Fijó parámetros trascendentales reiterando el principio de operatividad de los derechos

²⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17-6-2005, Serie C n° 125

contemplados en el art. 75 inc. 17, en especial los derechos de consulta y de participación que tienen las comunidades indígenas frente a la adopción de medidas que puedan afectarles.

La causa "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional" constituye otro hito en las decisiones de nuestro Supremo Tribunal, dando soluciones pretorianas, llamando a una audiencia pública. La Corte toma un rol activo para que la letra aprobada y refrendada en sede internacional por nuestro Estado sea luego efectivamente parte de las políticas internas.

En las sentencias que involucran a la comunidad wichi, la Suprema Corte de Justicia fijó estándares marcando el camino jurisprudencial de los pueblos indígenas. Quedó explícitamente delimitado que:

-Los derechos contemplados en el Art. 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional son operativos

-Los derechos contenidos en el Art. 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional preferentemente son de competencia local salvo que nos encontremos frente a alguno de los supuestos previstos en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional

-La acción de amparo colectivo para la tutela de estos derechos es la vía rápida y eficaz (Art. 43 de la Constitución Nacional) para el reclamo de estos derechos.²⁷²

²⁷² Art. 43 Constitución Nacional: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o

4.6 El Estado Argentino Pluricultural. ¿Una realidad todavía por construir?

La reforma constitucional ha sido elaborada con el fin de contribuir básicamente al fortalecimiento y la transversalización de los derechos fundamentales en un Estado pluricultural. Asimismo la incorporación a la Constitución Argentina del reconocimiento de la preexistencia étnica, significó reconocer la diferencia y la igualdad.

La interpretación general del discurso de los convencionales constituyentes, me lleva a visualizar la intención del Estado en reconocer a los pueblos originarios en su diferencia.

Expresamente el convencional José Ficoseco advierte: “La igualdad proclamada en las Constituciones es una utopía; no habrá verdadera igualdad si no se reconoce el "derecho a la diferencia" (...) la igualdad es una forma más de conquista y colonización (...) lo que debe cambiar, lo que de hecho está cambiando, es la idea de un Estado cultural y racialmente homogéneo, para dar paso a un modelo en el cual pueden convivir los pueblos con iguales derechos y (...) diversas culturas. Esto es un Estado multiétnico y pluricultural”.²⁷³

Por su parte, Boaventura de Sousa Santos (2007) considera que hay muchas formas de ser iguales y de ser diferentes, con consecuencias totalmente distintas. Este autor manifiesta que para elaborar una concepción emancipatoria de los derechos humanos se debe tener en cuenta que las personas tienen el derecho de ser iguales cuando existan diferencias que las coloquen en una situación desfavorable y tienen el derecho de ser diferentes cuando una medida de igualdad cuestione la diversidad que forma parte de su identidad.²⁷⁴

condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.

²⁷³ Moción Convencional Constituyente Ficoseco. Reforma Constitucional 1994: exp. 790-956

²⁷⁴ de Sousa Santos, Boaventura. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, El Otro derecho, nº 28, 2002.

4.7 Hermenéutica y diálogo intercultural

De Sousa Santos propone un diálogo entre culturas que favorece la protección de los derechos humanos que tienda a un modelo emancipatorio y lo describe como “hermenéutica diatópica”. Este diálogo intercultural utiliza equivalentes isomórficos, es decir elementos comunes, aunque tengan diferente denominación, dispuesto a revisar categorías y prácticas. Considera que la hermenéutica diatópica parte de la idea que todas las culturas son incompletas y, por lo tanto, pueden ser enriquecidas por el diálogo y por la confrontación con otras culturas. Es la única metodología que puede hacer traducibles las diferentes concepciones de dignidad humana, derechos humanos, igualdad y diferencia.²⁷⁵

Boaventura de Sousa Santos señala que para avanzar hacia una concepción emancipadora de los derechos humanos, se requiere un diálogo transcultural.

Me inclino por la postura de Mauricio Beuchot (2018) que sostiene que

“una hermenéutica analógica nos ayudará a salvaguardar lo más posible las diferencias culturales, las ideas del bien, o de la calidad de vida y los proyectos sociales, pero sin perder la capacidad de integrarlos en la unidad o universalidad. Esta hermenéutica busca una universalidad matizada, diferenciada y compleja, pero universalidad al fin, lo cual evita que los derechos humanos pierdan su vocación de universalidad, su estatuto de derechos fundamentales”.²⁷⁶

Es decir que este autor parte de lo que es común a todas las culturas y promueve el respeto de sus diferencias, siendo el único límite, los derechos humanos.

Todos los autores, con diferentes matices, coinciden en la necesidad de un diálogo. Diálogo entre culturas, que requiere de una hermenéutica que, como deseaba Gadamer (1977), se realice en el diálogo. No existe ninguna experiencia

²⁷⁵ Idem

²⁷⁶ Beuchot, Mauricio, González, Jorge Enrique. Diversidad y diálogo intercultural. 1ª edición. Bogotá, Editorial El Búho, 2018.

humana extra-lingüística, es decir, que se genere fuera de la comunidad de diálogo.²⁷⁷

En este sentido se afronta la necesidad de poner en práctica un ejercicio de diálogo intercultural, no solo de sistemas de saberes, sino de principios, objetivos y procedimientos. Ir del dialogo de los saberes a las prácticas.

4.7.1 El derecho a la igualdad-el derecho a la diferencia

Tal como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, se requiere un cambio de paradigma para entender el modo de igualdad que reclaman los pueblos indígenas, atada indefectiblemente al respeto a sus derechos colectivos. Probablemente por ello los derechos indígenas aparecen en relación con el derecho de la igualdad.

Es importante tener presente que el derecho a la igualdad implica la concepción de un sistema de derecho compatible con modelos de valoración jurídica de las diferencias. Para Ferrajoli (1999), existen cuatro formas de abordaje de las diferencias en el derecho, esto es las diferentes configuraciones jurídicas de las diferencias: la indiferencia jurídica de las diferencias (no se valorizan, ni se tutelan, ni se violan, se ignoran), la diferencia jurídica de las diferencias (jerarquización de las diferencias: por sexo, edad etnia etc.), la homologación jurídica de las diferencias (desplazadas por estar homologadas), y la valoración jurídica de las diferencias.

Éste último modelo, el de valoración jurídica de las diferencias implica que:

La igualdad en los derechos fundamentales se configura, como el igual derecho de todos al afirmar y a tutelar la propia identidad en razón del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de toda persona un individuo diverso de todos los demás, y de todo individuo una persona como todas las demás.²⁷⁸

²⁷⁷ Gadamer, Hans., "Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica", Salamanca, Sígueme, 12ª reimpr. 2012. Tr.: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito

²⁷⁸ Ferrajoli, L. Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Madrid. Trotta Traducción Perfecto Andres Ibáñez. En <http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/ferrajoli/1.pdf>

Ferrajoli sostiene que “El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídicas, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad”²⁷⁹

Entonces, la construcción de un verdadero Estado pluricultural se dará bajo la modalidad de un diálogo intercultural sincero, abierto y dispuesto a revisar las propias categorías, definiciones y prácticas en busca de garantizar la igualdad.

No debemos olvidar que “la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias”. Quiroga Lavié dice: “...si el concepto de igualdad implica diferenciar a los diferentes, ello significa que es constitucional realizar clasificaciones o categorizaciones por parte de la Ley para atender en forma diferente a cada miembro de cada clase”.²⁸⁰

4.8 ¿Es posible una justicia intercultural en un Estado pluricultural?

Teniendo en cuenta que la Republica Argentina es un país pluricultural y que se trata de un modelo que reta la idea de un estado culturalmente homogéneo y jurídicamente monolítico, el desafío entonces es propiciar un proyecto intercultural y democrático para que las políticas de reconocimiento no solo signifiquen reconocer constitucionalmente la pluralidad cultural.

Desde el punto de vista político, la tendencia predominante en la actualidad es el multiculturalismo. ¿Qué es el multiculturalismo?

El planteo central del multiculturalismo reside en destacar la importancia del reconocimiento y el respeto por la identidad del otro, de la diferencia, para la constitución de una sociedad democrática e igualitaria

²⁷⁹ Ídem

²⁸⁰ Quiroga Lavié, Humberto. Constitución Comentada. Citado por Eulogio Frites en El derecho de los pueblos indígenas.

Principalmente consiste en el reconocimiento de la diversidad y, en algunos casos, su protección con medidas jurídicas especiales. Su objetivo es lograr la igualdad frente a la ley y el respeto formal de la diversidad, fomentando el respeto y la tolerancia entre la ciudadanía.

Una etapa superior al multiculturalismo es la interculturalidad

¿Qué implica la interculturalidad? La interculturalidad intenta ir más allá de la multiculturalidad que comprende la coexistencia de múltiples culturas en un mismo espacio social. Parte del presupuesto de que todas las culturas son incompletas; es decir, universos inacabados de significados que se recrean constantemente. Según de Sousa Santos (1995) esta infinitud de las culturas hace imperativo un diálogo intercultural que recoja tres aspectos:

- La tolerancia discursiva
- La voluntad para incorporar conocimientos alternativos
- La preferencia por conocimientos suprimidos o marginalizados y por víctimas o pueblos oprimidos.

4.9 De la interculturalidad a la Interlegalidad

Queda de manifiesto que el acceso a justicia tiene que ver con dos cuestiones que fueron planteadas en el Capítulo 2. Por un lado, en sentido estricto se entiende como garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, organismos o poderes del Estado y el conjunto de medidas que se adoptan para que se protejan sus derechos. Por otra parte, la visibilización de la costumbre ancestral de los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus modos y métodos para resolver sus conflictos, mediante el respeto a la identidad, cosmovisión, tradiciones y creencias. Aquí aparece el concepto de interlegalidad desarrollado ampliamente por Buonaventura de Sousa Santos (2007). Este autor propone, analizando la situación de Bolivia, mirar los cambios democráticos que se construyen desde el sur y que permiten reflexionar sobre los caminos para la

construcción de Estados plurinacionales, recuperando los aportes que diversos actores y movimientos sociales de Latinoamérica han hecho tanto en términos de enriquecer la teoría política, así como para replantear la democracia. Propone la creación de un constitucionalismo pluralista y democrático que lleve a una refundación de los Estados contemporáneos²⁸¹. Sostiene que

“todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural, como postura filosófica, es erróneo. Todas las culturas aspiran a valores y asuntos últimos, pero el universalismo cultural como postura filosófica, es erróneo. Contra el universalismo debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. Teniendo en cuenta que el debate provocado por los derechos humanos puede convertirse en un diálogo competitivo entre diferentes culturas sobre los principios de la dignidad humana, es imperativo que tal competencia incentive a las coaliciones transnacionales a correr hacia la cima y no hacia el fondo (¿cuáles son los estándares mínimos absolutos? ¿Cuáles son los derechos humanos más básicos? ¿Cuáles son los denominadores comunes más bajos?)”²⁸²

Desde la perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, la interacción entre la ley y la costumbre o sistemas normativos indígenas, los cuales se mezclan uno con otro se denomina interlegalidad. A su decir la interlegalidad es “expresión fenomenológica del pluralismo jurídico y a la manera en que diferentes lenguajes legales se sobre imponen y se mezclan en nuestras mentes como en nuestras acciones”²⁸³

El reconocimiento de la jurisdicción indígena en el constitucionalismo Latinoamericano, con sus propias autoridades y según sus propias normas y

²⁸¹ de Sousa Santos, Boaventura 2007 “La reinención del Estado y el Estado plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, N° 22

²⁸² de Sousa Santos, Boaventura. Traducido por Libardo José Ariza. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. El otro Derecho, numero 28, julio de 2002. ILSA, Bogotá DC Colombia

²⁸³ de Sousa Santos, Boaventura & Exeni Rodríguez José Luis. Op. cit.

procedimientos, lo postula la Constitución de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones de Perú (1993), Bolivia (1994-2003), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), con algunas variantes. Las constituciones de Paraguay (1992) incorpora el reconocimiento del pluralismo jurídico con carácter voluntario y México (1992-2001) con carácter subordinado, es decir confirmación de las decisiones indígenas por los jueces ordinarios.²⁸⁴

Lejos estamos, de reconocer un sistema jurídico indígena tradicional. Entonces, la apuesta de interlegalidad en nuestro país se enfrenta al reto de encontrar formulaciones jurídicas que simultáneamente defiendan las demandas legítimas de los pueblos indígenas en torno a sus derechos, autonomía, libre determinación; y permitan desarrollar espacios que reconozcan las costumbres y las normas indígenas. Sólo así, de alguna manera, estaremos reconociendo, respetando e integrando a los pueblos indígenas efectivamente.

4.9.1 El desafío de su implementación ¿Cómo ponemos en práctica este dialogo?

La interlegalidad implicaría interacción, cooperación e intercambio entre culturas y normas, que busca la armonía con el todo a través del dialogo.

Comparto la postura esbozada por María Teresa Sierra (2004) que destaca una visión antropológica del pluralismo jurídico, para dar cuenta de los sistemas jurídicos en sus relaciones y en su dimensión práctica. Considera que más que reconstruir los modelos ideales de un derecho indígena, la perspectiva procesal y constructivista a la que se adhiere plantea la necesidad de comprender cómo la comunidad indígena, construye, negocia y reproduce su derecho y en ese proceso alimentan sus visiones del deber ser, del buen orden y la buena distribución (Bourdieu, 2000). Considera que privilegiar la perspectiva interlegal no significa desconocer los aportes de una visión estructural que ayuda a reconstruir las normas jurídicas como marcos de referencia, sino que la visión normativa es

²⁸⁴ Yrigoyen Fajardo Raquel "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino" en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Coord. Mikel Berraondo. Universidad de Deusto Bilbao 2006

insuficiente si no se confronta con las prácticas sociales, con la manera en que los actores sociales hacen uso de las normas, se apropian de ellas y en ese mismo proceso las reproducen o bien las transforman. Esto también significa que desde la mirada de las prácticas e interacciones sociales seamos capaces de reconstruir las lógicas culturales que marcan las dinámicas normativas y los procesos de disputa. De esta manera, las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural deberían propiciar nuevos diálogos con el Estado para adecuar el orden jurídico dominante. Se debe plantear un dialogo en ambas direcciones, pues no solamente las comunidades indígenas deben adaptarse a las exigencias del Estado, sino también éste debe cuestionar modelos excluyentes y homogeneizadores sobre la ley y la cultura, en miras a generar instancias y procesos interculturales, diversos y plurales.²⁸⁵

El concepto de interlegalidad tiene que ver con la intención de avanzar en propuestas teóricas que contribuyan al análisis de las prácticas jurídicas entre la ley y la costumbre indígena y en especial en comprender ese derecho ancestral en su dimensión práctica.

Resulta oportuno citar, aquí, la opinión del ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Profesor James Anaya:

“Se debe actualizar, en la medida necesaria, la normativa legal, incluyendo el Código Civil, el Código Penal, el Código Minero y otra legislación nacional y provincial relevantes, para que no sea contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas. En todo caso, las leyes vigentes deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos”²⁸⁶

²⁸⁵Sierra María Teresa Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena en justicia y diversidad en América Latina en Pueblos indígenas ante la globalización Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coordinadores) México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Faculrad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2011

²⁸⁶ Consejo de Derechos Humanos. Resolución: A/HRC/21/XX/Add.Y, informe a la visita realizada al Estado Argentino entre el 27 de noviembre al 7 de diciembre de 2011

Asimismo el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial en el marco de su sesión en noviembre de 2016 evaluó las obligaciones de Argentina²⁸⁷ sobre esta materia y presentó diversas observaciones y recomendaciones al país; se pidió al Estado incrementar los esfuerzos para entregar educación de calidad a todos los niveles para los niños indígenas, incluso en su lengua materna. Por otro lado, se insta a reconocer y respetar los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas y a permitirles asistencia jurídica y también promover la formación continua de profesionales del sistema judicial.

4.10 Adecuación de la Normativa Nacional a los Estándares Internacionales

Dentro de la normativa internacional específicamente de Pueblos Indígenas tenemos:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas²⁸⁸

Los tratados establecen claramente en el texto mismo cuáles son las obligaciones que asumen los Estados cuando los ratifican, por lo que se dice que son de

²⁸⁷ Argentina es uno de los 177 Estados que han ratificado la Convención CERD, por lo cual debe presentar informes periódicos al Comité sobre el cumplimiento a nivel nacional y las medidas que han sido adoptadas para implementar las disposiciones de dicho tratado internacional de derechos humanos.

²⁸⁸ En su art. 8 se estipuló el derecho de las comunidades indígenas a que se respeten sus conocimientos y la participación en los beneficios económicos que de ellos se desprendan.

carácter vinculante es decir obligatorio, mientras que una Declaración es un enunciado de ideales, de normas morales universalmente aplicables, pero que no son, en principio, de cumplimiento obligatorio.

La ausencia de leyes y/o reglamentaciones acordes al nuevo paradigma jurídico que ha receptado el Estado argentino a través de su Constitución, es uno de los grandes obstáculos para el cumplimiento de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas.

El enfoque de participación y representación de los pueblos originarios en juicios por jurados, se materializó con la Ley 2364/15 de la Provincia de Chaco “Ley de Juicios por Jurados” que establece que cuando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocovi, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

También el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, en su art. 198 inciso 6 dispone: El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes. En esta provincia se realizó el primer juicio por jurado intercultural a finales de 2015, conformado por 12 jurados, 6 de ellos mapuches. El juicio se desarrolló en la lengua mapuche y español.

Dentro de la normativa proyectada cabe mencionar el trabajo de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, que introduce en el artículo 19, que trata la exención y reducción de la pena, lo siguiente: “el juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: ...a)... b) Pueblos originarios: cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria: cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria,

salvo que se tratara de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.” Esto en consonancia con lo dispuesto en el art. 9.2 del Convenio 169 OIT “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”²⁸⁹

4.11 Las reivindicaciones territoriales. Propiedad comunitaria.

Queda claro que la cuestión referente a las reivindicaciones de derechos territoriales de los pueblos indígenas, trasciende nuestra visión privatista del derecho de propiedad. Es mucho más amplia la problemática. Implica la noción de hábitat, de arraigo biofísico, de espacio histórico-cultural donde se asienta la interacción de los miembros de estas comunidades, en la que se vuelcan y sobrevuelan conocimientos, tradiciones y un patrimonio común dentro de un recinto geográfico en el que realizan un modo de vida autónomo. Diría sin más, que se encuentra en juego el propio derecho a la vida en su amplia extensión²⁹⁰. Por ello, debe alejarse cualquier consideración de la propiedad indígena sobre las tierras, vinculada al ejercicio de un derecho patrimonial. Por el contrario, se trata de un ámbito comunitario que trasciende al indígena, y se apropia de él –la vida de la tierra trasunta la propia vida del indígena-, permitiéndole desplegar en toda su dimensión su identidad cultural.

²⁸⁹ Convenio 169 OIT Ratificado por Ley 24071

²⁹⁰En relación a ello, la Corte IDH, en el caso Niños de la calle, sostuvo que “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un pre requisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Sentencia del 19.11.1999, Serie C, Nº. 63, Párr. 144

Diré en principio que la identidad indígena y la propiedad de las tierras son caras de una misma moneda, toda vez que el respeto por la posesión de las mismas permite la preservación de la cultura, el lenguaje, los valores, el estilo de vida, y su hábitat para la supervivencia económica. Se trata en definitiva de una cuestión trascendental de Derechos Humanos²⁹¹, y es el fundamento jurídico para definir el territorio, base de la subsistencia de los Pueblos Indígenas, y de su desarrollo con identidad cultural y espiritual. La CIDH considera que el derecho a la tierra/territorio es un derecho humano; debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia

Esta concepción de tipo comunitario de la tierra indígena fue lo que motivó la revisión del Convenio OIT 107, sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes (1957). Dicho re-examen provino del Convenio OIT 169, en razón de que el anterior (Nº 107) propugnaba la absorción de las comunidades indígenas por la colectividad nacional, previendo la adjudicación a los miembros de comunidades de tierras en propiedad individual, ya que ésta era un instrumento útil para esa absorción. Esa filosofía, que resultaba coincidente con el viejo artículo 67, inciso 15 de nuestra Constitución Nacional de 1853/60, guió a la Ley Nº 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes del año 1985. Por el contrario, el Convenio Nº 169 de la OIT se orienta a la persistencia de los pueblos indígenas, y recurre a la propiedad comunitaria como medio de fortalecimiento de tal designio.

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en septiembre de 2001 se declaró, por unanimidad, como conclusión V de la Comisión 4 (Derechos Reales), que "La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el art. 75, inc. 17, CN hace

²⁹¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Párr. 137, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Caso Sarayaku vs. Ecuador

innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente"²⁹².

Por su parte, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en el año 2009 en la Ciudad de Córdoba, por amplia mayoría y a través de la Comisión "Derechos reales" se dijo que "La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (art. 75, inc. 17, CN), cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural".

En dicho orden de ideas, se entiende que el reconocimiento territorial de los pueblos indígenas consagrado en la Constitución de 1994, constituye una propiedad especial – la propiedad comunitaria de la tierra- que tiene una particularidad que es la estrecha vinculación entre el pueblo indígena y el hábitat en el cual viven. Esta relación se encuentra atravesada por lazos espirituales y connotaciones religiosas que le otorgan una identidad particular, no es el individuo sino la comunidad la que se vincula con la tierra, que forma parte de su cosmovisión y por ende de su identidad cultural. Como expresa María V. González de Prada, en Derecho de las comunidades indígenas "...la propiedad comunitaria de estos pueblos trasciende el concepto de derecho real que nosotros tenemos porque no solo se refiere a la apropiación de las cosas, sino también a un modo de vida, de ser, de quehacer y de relacionarse con el otro."²⁹³

A partir de la operatividad de la norma constitucional del Art. 75, inc. 17, se entiende que este tipo de propiedad comunal no requiere de la sanción de una ley que asegure su armónica inserción y sistematización dentro del ordenamiento jurídico²⁹⁴. En relación a ello, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo en la

²⁹² Vázquez Gabriela "La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009", publicado en la Revista Lexis Nexis, disponible en <http://www.lexisnexus.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=6685&tipo=2>

²⁹³ Publicado en LL 16/10/2013 –E, 1296, cita online:AR/DOC/3884/2013

²⁹⁴ La Comisión 5 de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) también vertió una conclusión mayoritaria que aconsejaba, atendiendo a su particular naturaleza y características de la propiedad indígena, el dictado de una ley que la inserte en nuestro orden jurídico "dada la insuficiencia de las disposiciones de la ley 23302"

observación individual de 1999 sostuvo que la normativa del art. 75, inc. 17, CN: "...es operativa y debe darse por aplicable...".

Con la incorporación del art. 18 del Código Civil y Comercial

“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”

quedó plasmada la propiedad comunitaria. El Congreso Nacional, recibiendo las demandas de los pueblos indígenas presentadas a la Comisión Bicameral Especial, ha dejado para el dictado de una ley especial la consideración de su naturaleza, características e instrumentación.

Su inclusión en el Código Civil y Comercial, en 2014, fue objetada por un sector de los representantes de los distintos pueblos indígenas y organizaciones que los acompañan. La ley 26.994 ha recepcionado estas observaciones al disponer como norma transitoria (artículo 9, Primera) que: “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”. Las objeciones presentadas, si bien valoran como positiva la reforma del Código Civil, entienden, en general, que por la naturaleza de las cuestiones en debate debe ser materia de una ley especial que les dé a los institutos que rigen la vida de los pueblos y comunidades especificidad y regulación propia. Las disidencias y aportes vienen de debates no saldados en la Convención Constituyente de Santa Fe en 1994 y remiten fundamentalmente al alcance del primer párrafo del artículo 75, inciso 17.

De lo expuesto, se entiende que el plexo legal compuesto por el Art. 75, inc. 17, CN, el Convenio N° 169 de la OIT, la Ley 23.302 y la Ley N° 26.160 de Emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras que ocupan las Comunidades Indígenas, y el actual art. 18 del Código Civil y Comercial, contienen disposiciones que aplicadas en forma sistematizada habilitan a las

mismas a exigir del Estado el reconocimiento oficial de propiedad y registro de los territorios que ocupan.

Por su parte, los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad hayan salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente transferidas a terceros de buena fe. En este último caso, tienen el derecho de exigir del Estado su recuperación, o a obtener del mismo otras tierras de igual extensión y calidad. El Estado por su parte, deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para identificar las tierras, demarcarlas, reconocer oficialmente la propiedad indígena sobre las mismas, entregarlas en forma gratuita, y registrarlas de acuerdo a su normativa interna.

A pesar de la operatividad del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, el desafío será una ley especial que recepte los estándares internacionales; que conceptualice la propiedad comunitaria indígena como derecho colectivo autónomo; especificando su contenido y alcance.

Asimismo se entiende que el territorio indígena es también el punto de partida para la recomposición de los pueblos indígenas como actores colectivos en la praxis.

4.12 Fundamentos Teóricos para la promoción de un Protocolo

Son varios los argumentos que pueden esgrimirse para justificar la necesidad de incorporar un protocolo de actuaciones para una justicia pluricultural, ya que se trata de una herramienta jurídica de acceso a justicia que acompañará a los jueces y operadores de la justicia para comprender y atender los casos con un enfoque de derecho, y desde el abordaje de la diversidad cultural relativa a los pueblos indígenas.

En definitiva es la consolidación de una política judicial inclusiva en el marco de la diversidad cultural existente. Así lo dice el Protocolo de actuación para quienes

imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: “representa una oportunidad para garantizar la vigencia de derechos de los pueblos indígenas por parte del Poder Judicial de la Federación”²⁹⁵. Asimismo El Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural de Paraguay y el Proyecto de Protocolo de actuación para organismos gubernamentales de la Provincia de Buenos Aires que reciben demandas de personas, comunidades y pueblos indígenas por la efectivización de sus derechos, elaborado por el Laboratorio de Investigaciones Antropológicas Social de la Universidad de La Plata, sirven de marco de referencia para un “Proyecto de Protocolo de Actuación para una Justicia pluricultural de Salta”

El proyecto de este Protocolo ofrece orientaciones y directrices para la actuación de la justicia concernientes a personas y comunidades indígenas. Se trata de una herramienta jurídica de acceso a la justicia, que acompañará a los jueces y operadores de la justicia para comprender y atender los casos con un enfoque de derecho, y desde el abordaje de la diversidad cultural relativa a los pueblos indígenas de la provincia.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas son reconocidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos y las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad”, la Constitución Provincial y las leyes.

“El acceso a la justicia se extiende como un proceso que debe ser adaptado a un contexto específico y que requiere la capacitación de todos los actores involucrados. Los elementos que lo integran son: 1) protección legal: reconocimiento de los derechos dentro de los sistemas de justicia que otorgue la posibilidad de obtener una respuesta a sus necesidades jurídicas ya sea mediante mecanismos formales o tradicionales; 2) conciencia legal: conocimiento por parte de los individuos de la posibilidad de obtener una reparación jurídica mediante los sistemas de justicia

²⁹⁵ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Segunda Edición 2014. En www.supremacorte.gob.mx

formales o tradicionales; 3) asistencia y asesoramiento legal: acceso a profesionales capacitados para iniciar y llevar adelante procedimientos jurídicos; 4) adjudicación: proceso de determinación del tipo de reparación jurídica o compensación más adecuado, ya sea regulado por la legislación formal, como ocurre en los tribunales, o por los sistemas jurídicos tradicionales; 5) ejecución: implementación de órdenes, resoluciones, y acuerdos que surjan de la adjudicación formal o tradicional, 6) supervisión de la sociedad civil y del parlamento: funciones de vigilancia y control con respecto a los sistemas de justicia.”²⁹⁶

El acceso a justicia de los pueblos indígenas se encuentra en el espíritu y en el contenido de este proyecto, teniendo presente el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, en su visita a la República Argentina del mes de diciembre de 2011 en lo que nos concierne:

“...79. El Estado de Argentina ha dado pasos importantes para reconocer los derechos de los pueblos indígenas en el país. Estos pasos incluyen las reformas de la Constitución de la Nación de 1994 en materia de los pueblos indígenas, la adopción de la Ley 26160 (y su prórroga, la Ley 26554) que inicia un proceso para contribuir a la regularización de las tierras indígenas del país, la ratificación del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y el voto en la Asamblea General de las Naciones Unidas a favor de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

80. Sin embargo, persiste una brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación. Es necesario que el Estado, tanto a nivel federal como provincial, priorice y dedique mayores esfuerzos a los temas relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas. En particular, el Estado debe adoptar políticas públicas claras, así como elaborar directrices para los funcionarios de gobierno tanto a nivel federal como provincial, y medidas legislativas y administrativas

²⁹⁶ “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”, Defensoría General de la Nación, 2010, p.22.

adicionales para impulsar un mayor conocimiento y acción estatal en materia indígena entre todos los interesados, incluyendo ministerios, parlamentarios, autoridades judiciales y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

81. Dada la jurisdicción concurrente entre el Gobierno federal y las provincias, el Gobierno federal debe tomar las medidas necesarias para garantizar la coherencia y la uniformidad de las disposiciones legislativas y de otra índole que adopten los gobiernos provinciales. Ello con el objeto de aplicar íntegramente las provisiones de la Constitución y de la demás legislación en materia indígena, conforme a los estándares internacionales. Este proceso debería ser llevado a cabo con la participación de los pueblos indígenas.

82. Se debe actualizar, en la medida necesaria, la normativa legal, incluyendo el Código Civil, el Código Penal, el Código Minero y otra legislación nacional y provincial relevantes, para que no sea contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas. En todo caso, las leyes vigentes deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos.

83. El Relator Especial reconoce el importante trabajo del INAI, especialmente en relación con el relevamiento territorial, pero observa que la escasa asignación de presupuesto a esta institución obstaculiza seriamente su funcionamiento efectivo. Existe además una carencia preocupante de participación de los mismos pueblos indígenas en el desarrollo e implementación de programas y políticas del INAI.

84. El Estado debe implementar todas las medidas necesarias para remediar estos problemas y en particular, el INAI debe revisar sus programas actuales, con la participación de los representantes indígenas seleccionados por ellos mismos, y modificarlos en la medida que sea necesario para responder adecuadamente a las demandas y aspiraciones de los pueblos indígenas. A su vez, el Estado debe asegurar que el INAI tenga la capacidad financiera e institucional para que pueda llevar a cabo

con eficacia su trabajo de promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

85. El Estado debe elaborar un mecanismo o procedimiento de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, para aumentar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan⁹, lo que podría ser desarrollado con el apoyo del sistema de las Naciones Unidas en Argentina.

100. Se deben también adoptar todas las medidas necesarias para eliminar los impedimentos que puedan enfrentar los pueblos indígenas en el acceso a la justicia, especialmente en relación con sus esfuerzos para la protección de sus derechos a sus tierras y recursos naturales.

101. En este sentido, se deben emprender programas de capacitación para funcionarios del poder judicial a nivel nacional y provincial sobre las normas nacionales e internacionales en materia de pueblos indígenas, y en particular sobre los derechos a sus tierras y recursos naturales. Esto podría incluir foros entre funcionarios del poder judicial y académicos, juristas y representantes del sistema de las Naciones Unidas, entre otros, con el objetivo de intercambiar experiencias y conocimientos en esta materia²⁹⁷

El convenio 169 de la OIT, ratificado por Ley 24071, en su artículo 8 estipula:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario,

²⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, Adición La situación de los pueblos indígenas en Argentina. Naciones Unidas. Asamblea General en file:///E:/54387/Downloads/Informe-del-Relator-sobre-derechos-de-pueblos-indigenas-misión-a-Argentina-2012.pdf

deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se constituye en la normativa clave para la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas se encuentra en el espíritu y en el contenido de esta Declaración, en cuyo texto de aprobación por la Asamblea general y en su articulado se establecen las reglas que han de cumplir los Estados signatarios, reconociendo que los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente sus relaciones con el Estado en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo; y define el rol del Estado ante los pueblos indígenas de la siguiente manera:

- Respetar y promover los derechos de los Pueblos Indígenas en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos en los Estados.
- Fomentar relaciones armoniosas y de cooperación entre el Estado y los Pueblos Indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe.
- Cooperar con los pueblos indígenas interesados.
- Promover y proteger los derechos de los Pueblos Indígenas, garantizar la protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Cooperar estrechamente y coordinar con las autoridades indígenas.
- Establecer políticas públicas conjuntamente con los Pueblos Indígenas interesados.

Considerar que la elaboración de un protocolo propuesto anteriormente se basa en la concreción de una política pública, ya que éstas interpretan y procesan de manera explícita y participativa las demandas de los pueblos indígenas. De este modo, se convierte en un instrumento para la aplicación de los enunciados jurídico y político institucionales basados en los siguientes principios:

1. Identidad cultural

El derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.

Especial atención se debe tener por su lengua, costumbres y relación con su territorio y naturaleza.

2. Concordancia con las normas internacionales de derechos humanos

El marco de reconocimiento es la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. El límite de sus derechos son los Derechos Humanos, en cuanto atente contra la vida, la integridad física y la libertad.

3. Garantía en el acceso a justicia y la tutela efectiva de derechos

El acceso a justicia permite acudir al sistema de administración de justicia para la resolución de conflictos de conformidad con los usos y costumbres compatibles con el ordenamiento jurídico vigente. Contar con recursos efectivos para reclamar y defender sus derechos (arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Se propicia la atención jurídica especializada gratuita.

4. Interculturalidad y respeto por su lengua

Todos los procedimientos deben realizarse en el entendimiento pleno, con el auxilio de intérprete y la asistencia de peritos especializados.

Tener una recopilación de la legislación vigente internacional, nacional y provincial resulta una herramienta esencial para los operadores de justicia.

Por otra parte, se incluiría en este Protocolo, Jurisprudencia y recomendaciones en el abordaje de los conflictos que se suscitan.

4.13 Fundamentos teóricos para la creación de la Defensoría Pública Indígena

La materialización de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas postula la necesidad de una defensa activa especializada que encamine la protección de sus derechos, para evitar que su reclamo se convierta en ilusorio. En este sentido, el desarrollo normativo de ámbito internacional y regional, tal como se analizó en el capítulo 2 propicia la creación de órganos y/o figuras que faciliten el acceso a justicia.

Entre estas medidas de compensación de gran trascendencia, podrían estar la creación de la figura del Defensor Público Indígena.

Para ello voy a utilizar como guía el libro *El derecho de los pueblos indígenas*, elaborado por el abogado kolla Eulogio Frites (2011), uno de los más importantes líderes de la lucha indígena en Argentina. En esta publicación ofrece un recorrido por la historia de la militancia política indígena en Argentina: el autor recopiló normativas provinciales, nacionales e internacionales, sistematizó usos y costumbres comunitarios y retomó artículos periodísticos y discursos políticos.

Considero que es importante rescatar la perspectiva de Frites sobre el papel del defensor de los indígenas y su fundamentación ya que como se cuestiona Annick Lemperiere²⁹⁸ :

“¿Queremos tomar en cuenta lo que los actores sociales, sean indígenas o no, nos cuentan, mediante un sinnúmero de documentos de archivo, de su propia vida y de sus propios valores, o nos conviene más considerarlos en calidad de sujetos-objetos eternamente sometidos a los “grupos dominantes” y ajenos a sí mismos?”.

Lo que nos propone Lemperiere, es optar por reconocer a través de versiones y concepciones desarrolladas por intelectuales pertenecientes a culturas indígenas, concebidas desde contextos naturales y culturales específicos totalmente diferentes a la cosmovisión dominante.

“Hay leyes que nos dan derechos, pero es una pantalla nomás porque a la hora de la verdad, siempre perdemos en la justicia. No sé donde estará el

²⁹⁸ Annick Lemperiere. *El paradigma colonial en la historiografía latinoamericana*, versión electrónica en [Istor.cide.edu](http://istor.cide.edu), pag. 122

error, pero hay derechos humanos básicos como el acceso al agua, al alimento y a la salud, que nosotros no los tenemos. No accedemos fácil a la justicia. Hay organismos que nos quieren ayudar en ese sentido, pero hay que estar muy bien conectado. Si la gente vive en el monte, donde no llega ni una ambulancia, menos va a llegar el abogado. (se ríe)” (Arsenio Torrez – 2019)

Oportunamente Eduardo Frites²⁹⁹ presentó un proyecto de Ley para el legislador Antonio Cafiero, con los siguientes fundamentos:

“...a pesar de los avances, podemos decir que varios son los factores que aún limitan el uso efectivo de estos derechos por parte de los indígenas. Por un lado, el desconocimiento de los mismos por la falta de información adecuada y fehaciente, sigue siendo un obstáculo para su pleno goce. Pero no son menores las violaciones que sufren constantemente, las discriminaciones de las que son objeto por razón de idioma o de pertenencia étnica, la falta de canales adecuados para muchas comunidades aisladas de los ámbitos más urbanizados, en fin, las relaciones fragmentarias y dificultosas de estas comunidades con el Estado. La falta de canales fácilmente accesibles para la realización de denuncias, agravan esta situación de indefensión de la población indígena. Se hace necesario entonces consolidar los progresos a nivel legislativo con acciones concretas que permitan mejorar el acceso a la justicia de los hombres y mujeres indígenas, la capacidad de interlocución de las organizaciones indígenas ante el Poder Ejecutivo y Legislativo sobre los temas que les afectan, y garantizar una aplicación adecuada de la normatividad y de los procedimientos existentes por parte de los funcionarios públicos.

La creación de la Defensoría Indígena, así como sus delegaciones provinciales, debe ser la instancia que permita articular las demandas y

²⁹⁹ Dr. Eulogio Frites, jujeño, de ascendencia kolla, abogado, doctor en Derecho Penal, especialista y consultor internacional en Derecho Consuetudinario (derecho de los pueblos originarios), fundador de la AIRA (Asociación Indígena de la República Argentina), cofundador del Consejo Mundial de Pueblos Indios CMPI (Toronto, Canadá, 1975), comprometió su vida y su profesión al servicio de los derechos de los pueblos originarios de Argentina y América. autor de la ley nacional de Asuntos Indígenas (23302/85)

exigencias de los pueblos indígenas con las instituciones del Estado, previendo un mejor desempeño de éstas últimas con poblaciones que son generalmente objeto de prejuicios y estereotipos. Especial atención merece la atribución asignada a la Defensoría Indígena, para velar por el respeto de la naturaleza multiétnica y pluricultural del Estado argentino y promover la defensa de los derechos de los pueblos indígenas del país, así como generar una adecuada comprensión y sensibilidad por parte del Estado argentino, a la particular problemática de los pueblos indígenas y comunidades nativas. Para ello, el Defensor de los Indígenas tendrá las atribuciones para recibir denuncias e iniciar investigaciones, para determinar violaciones a los derechos de las comunidades indígenas reconocidos en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, en otras leyes y tratados internacionales que los amparan. Podrá recopilar la información pertinente para evaluar el estado de situación y necesidades particulares de las comunidades indígenas y formular las advertencias y recordatorios de los deberes legales y funcionales, recomendar modificaciones a la legislación vigente, colaborar con las autoridades en la elaboración de leyes o diseño de políticas públicas concernientes a las comunidades indígenas. Será, entonces el nexo entre los indígenas y las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales.”

El desafío que representa esta Defensoría Indígena propuesta por Frites, al posicionarla en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Nación, adquiere una dimensión peculiar: ya que tiene por objeto la promoción y protección de los Derechos de los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes, la prevención de su violación y la defensa activa ante su vulneración. El autor en el art. 9 del proyecto de Ley especifica las funciones:

“Son funciones del Defensor/a Indígena las siguientes: a) Iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado o mero denunciante, cualquier investigación tendiente a determinar acciones u omisiones que configuren una violación a los derechos de las comunidades indígenas reconocidos en el art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, las leyes y tratados internacionales que amparen estos derechos, procurando promover las

medidas o los mecanismos que permitan eliminar o corregir dichas violaciones; b) Promover la recopilación de la información necesaria a efectos de evaluar el estado de situación y necesidades de las comunidades indígenas; c) Formular advertencias, recordatorios de los deberes legales y funcionales, sugerencias para la adopción de nuevas medidas y emitir parecer sobre el fondo del asunto con recomendación, si fuere el caso, a las autoridades competentes; d) Recomendar modificaciones a la legislación vigente; e) Colaborar con las autoridades en elaboración de leyes o diseño de políticas públicas concernientes a las comunidades indígenas; f) Proponer la realización de campañas y promover el debate público de cuestiones que puedan afectar los derechos de los indígenas; g) Constituir un nexo entre los indígenas y las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales.”

Con la finalidad de contribuir a dar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas en cuanto a garantizar el acceso a justicia con pertinencia cultural y lingüística, extraigo del proyecto que propone Frites; el espíritu de creación de una Defensoría Indígena, adecuándola en el ámbito provincial y perteneciente a la esfera del Ministerio Público. ¿Por qué en el ámbito provincial? Ha quedado clara las últimas posturas de la Suprema Corte de Justicia al sostener que las causas que versen sobre los derechos contenidos en el artículo 75 inciso 17 son preferentemente de competencia local. ¿Por qué en la esfera del Ministerio Público? ¿Qué es el Ministerio Público? Con la reforma constitucional de 1994, quedó plasmado en forma expresa el deber constitucional del Estado de garantizar el derecho de defensa, en su artículo 120, al institucionalizarlo:

“El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia, en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

De esta manera el Estado cumple con el mandato constitucional de proveer los funcionarios que se encarguen de proporcionar la defensa en juicio a aquellos que lo necesitan y solicitan. Es decir que, se institucionalizó la defensa pública en un órgano particular constituido exclusivamente a ese efecto.

Además conforme surge del art. 75 inciso 22 con la incorporación de los pactos internacionales, ha quedado trazado el alcance y el contenido de esta obligación del Estado.

La Constitución Provincial de Salta fue pionera al consagrar en el año 1986 la autonomía del Ministerio Público en el art. 167: *En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público.*³⁰⁰ Es decir, el Ministerio Público no forma parte del Poder Judicial, es un organismo autónomo. Algunos autores lo llaman cuarto poder.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 remeda el sistema de la Provincia de Salta dotando al Ministerio Público de autonomía e independencia, llegando este modelo solo a algunas provincias.

El Ministerio Público en Salta nace como una institución autónoma e independiente a partir de la previsión constitucional, designándose como autoridad a un Procurador General de la Provincia, ejerciendo la jefatura sobre Fiscales, Defensores y Asesores de Incapaces. Esto obviamente marcaba un contra sentido ya que el Procurador disponía de las políticas de acusación y defensa a la vez. Resulta más que evidente la incompatibilidad entre ambas tareas, ejercer la jefatura de los fiscales que tenían a su cargo llevar adelante la acción, y de los defensores que debían evitar que ello ocurriera. Creo que el desatino del constituyente puede estar vinculado a la concepción inquisitiva del proceso penal.

Con la reforma de la Constitución Provincial de Salta de 1998 se amplía la composición del Ministerio Público, estableciendo el Art. 164 "El Ministerio Público es ejercido por un Procurador General, un Defensor General y un Asesor General de Incapaces quienes tendrán a su cargo la superintendencia y las potestades

³⁰⁰ Anteriormente las defensorías, fiscalías y asesorías de menores formaban parte del Poder Judicial.

administrativas y económicas del mismo en forma conjunta". Estas tres autoridades conforman un Colegio de Gobierno, manteniendo simultáneamente cada uno la jefatura en su área. De esta manera se suplió el defecto de encontrar en cabeza de un Procurador la acusación y la defensa.

La ley orgánica del Ministerio Público N° 7328 en su título III se refiere al Ministerio Público de la Defensa estipulando misiones, atribuciones y facultades.

CAPITULO II - De los Defensores Oficiales y Defensores de Ausentes

Art. 48. - Atribuciones y deberes. Los defensores oficiales de todos los fueros designados como tales en el Ministerio Público tienen como atribuciones y deberes la defensa de los derechos de las personas de escasos recursos y de las personas que estuvieren ausentes o fueren declarados tales, en toda clase de procedimientos judiciales o administrativos y de quienes se nieguen a designar defensor en los procesos penales u optaren por el Defensor Oficial. A los fines de lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Provincial, el Ministerio Público proveerá también a las personas de modestos recursos, además del patrocinio letrado, consultorios jurídicos gratuitos y la defensa de sus derechos se extenderá hasta el seno de las entidades de derecho privado. Tienen el deber de velar por los derechos y el estado físico y psíquico de toda persona detenida o encarcelada en establecimientos provinciales. Este deber, en su caso, se extenderá a los derechos de visita de sus familiares directos e inmediatos.

Tienen facultades suficientes para intentar la conciliación de toda cuestión que los particulares sometan a su consulta.

Art. 49. - Competencias. Corresponde a los defensores oficiales, según los fueros e instancias de actuación:

- 1) Actuar ante todos los órganos judiciales de cualquier fuero e instancia, ante los organismos del poder público y ante las instituciones privadas, como parte legítima y esencial de la defensa de todos los asuntos contenciosos o voluntarios en los cuales se controvirtiesen los derechos personales o patrimoniales de las personas de escasos recursos, cuando

les haya sido otorgada la representación y de los ausentes declarados tales en juicio cuando lo disponga el magistrado.

2) Evacuar consultas sobre cuestiones jurídicas de cualquier naturaleza que efectúen las personas carentes de recursos y gestionar en su caso, el beneficio de litigar sin gastos, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior y representarlas en toda cuestión judicial o extrajudicial. El Reglamento General dispondrá todo lo concerniente a la definición del concepto de persona de modestos recursos, así como los modos y procedimientos de atención.

3) Asumir la defensa de los imputados y detenidos que no hubieren designado defensor particular, sin que sea requisito la falta de recursos, en cualquier estado de la causa y de acuerdo a las normas procesales vigentes.

4) Ejercer, en su caso, la representación o el patrocinio letrado en las solicitudes de libertad condicional; como así también, respecto de todas las peticiones que fueren formuladas ante los jueces por los condenados por sentencia firme con relación al cumplimiento de la misma.

5) Patrocinar a las personas de escasos recursos en las demandas civiles o querellas por delito de acción privada que hubieren de promover ante la justicia.

6) Ejercerá la defensa y representación de aquellas personas que por desconocerse su domicilio, sean citadas por edictos y las leyes procesales indiquen que deba intervenir el Defensor de Ausentes.

7) Ejercer las demás atribuciones que le confieren las leyes.

Art. 50. - Carta Poder. Requisitos. La representación en juicio de las personas de escasos recursos podrá ser acreditada mediante carta poder autorizada por el Defensor Oficial a cuyo favor se otorga. El Reglamento General fijará las formalidades de dicha carta poder, la forma y modo en que se distribuirán los formularios de la misma y los requisitos y procedimientos para que el peticionante sea considerado como persona de modestos recursos. Sin perjuicio de ello, el instrumento deberá contener obligatoriamente en forma clara y precisa la identidad del otorgante y la enunciación concreta de las acciones a ejercer.

Cabe mencionar como antecedente referencial a nivel regional las Defensorías especializadas en Derecho Indígena en Guatemala y Chile y a nivel nacional el cargo de Abogado Adjunto con especialidad en Derecho Indígena de la Defensoría General de Chubut con sede en Esquel, creado en 2011 con la aspiración de “la construcción de un espacio proactivo en la defensa de los derechos indígenas”³⁰¹

Otra iniciativa loable es el Programa sobre Diversidad Cultural que funciona en el ámbito de la Secretaria General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación³⁰². Su objetivo principal es la defensa y protección de los derechos de los pueblos indígenas, minorías étnicas, religiosas y/o culturales, operando como estructura de apoyo a la labor de los defensores públicos de la Institución. Para ello el programa “tendrá como propósito colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, promoviendo la elaboración de estrategias y proyectos de colaboración y coordinación de actividades para proporcionar una oferta de servicios de información, consulta, derivación y asistencia, que actúe coadyuvando con la función de los defensores públicos oficiales del país e integrando a las distintas instituciones nacionales e internacionales vinculadas con la problemática (sean éstas organismos gubernamentales, agencias de Naciones Unidas, organizaciones de la sociedad civil, universidades o institutos de investigación especializado) que puedan colaborar con la prestación de estos servicios”.³⁰³

A través de este Programa se buscó que las comunidades conozcan el rol del Ministerio Público de la Defensa, por lo cual se elaboró un documento³⁰⁴ que resume algunas de las funciones principales de la defensa pública federal y se incluyó algunos derechos fundamentales de los pueblos indígenas tales como el derecho a la consulta y la participación, el derecho a la tierra y territorio, entre otros. La Guía de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas “TOLHAÑHI

³⁰¹ Resolución 99/2011-Defensoría General de Chubut

³⁰² Resolución 1290/2008 Defensoría General de la Nación

³⁰³ ídem

³⁰⁴ Cartilla Guía de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas Ministerio Público de la Defensa de la Nación en file:///E:/54387/Downloads/Cartilla%20Indigenas%20WICHI.pdf

LHUTAYCHE TOYENLHI N'OYIJH TOJHTITAÑHTEY NUFWU WICHI ISYAJH”, tiene como objetivo servir como instrumento de acceso a la justicia de los pueblos indígenas con algunas frases en la lengua wichi.

“Si sabemos que hay derechos para los indios, pero a nadie le importa eso. Es lo mismo para nosotros la ley, porque no se cumple y no tenemos plata para pelear en la justicia los derechos. No, qué vamos a poder tener justicia! La mayoría de los wichi viven donde no llega el agua potable, menos va a llegar la justicia.” (Dora Fernández- 2019)

La propuesta de creación de la Defensoría Pública Indígena en la esfera provincial con asiento en los distritos judiciales donde predominan las comunidades indígenas³⁰⁵ es un paso adelante para garantizar el acceso a justicia con conocimiento cabal de los problemas de las comunidades indígenas, teniendo en cuenta la proximidad geográfica. Por otra parte, es laudable mencionar que el Ministerio Público de la Defensa de Salta cuenta con las Asesorías Jurídicas Itinerantes, que tienen como misión prestar asesoramiento jurídico a las personas de escasos recursos que viven alejadas de los lugares donde están asentadas las cabeceras de los departamentos judiciales. La tarea del Asesor Itinerante es la de atender a los ciudadanos orientándolos en lo necesario para la defensa de su persona, sus derechos y el fiel cumplimiento de la ley y de las garantías constitucionales que los amparan.³⁰⁶

Esto implica consolidar la defensa pública ya que “la defensa pública oficial aparece como el obligado aporte del Estado al inexcusable deber de prestar

³⁰⁵ En el caso de Salta, en el distrito judicial de Tartagal estarían registradas la gran mayoría de las comunidades indígenas. De esta manera se acortan las barreras que impiden el acceso debido a las grandes distancias y gastos para los indígenas. Existen cuatro distritos judiciales: Distrito Judicial Centro, Distrito Judicial Tartagal, Distrito Judicial Orán y Distrito Judicial del Sur.

³⁰⁶ Ley Provincia Salta 7328 Titulo V Capitulo IV Art. 64

asistencia a los sectores económicamente menos pudientes de la sociedad, de modo de garantizar acabadamente el derecho a acceder a la justicia".³⁰⁷

El rol del Defensor Público Indígena debe integrarse con todo lo estipulado en la ley del Ministerio Público (7328) en un marco intercultural.

Para cumplimentar con estos fines necesariamente se requiere de la asistencia de traductores o intérpretes de las lenguas indígenas, y la necesidad de contar con peritos especializados en materia indígena que permitan ilustrar sobre el marco cultural al que pertenecen y realizar un análisis desde el punto de vista de la cultura y cosmovisión indígena.

Las 100 Reglas de Brasilia consideran pertinente la defensa pública especializada:

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

4.13.1 Mediación Intercultural

En este contexto, la Defensoría Pública Indígena puede adquirir otra dimensión. Así como actúa ante todos los órganos judiciales de cualquier fuero e instancia, ante los organismos del poder público y ante las instituciones privadas, como parte legítima y esencial de la defensa de todos los asuntos indígenas, resulta el

³⁰⁷ Burrone de Juri, Marta, "Igualdad ante la ley en el acceso a la justicia, Fundamentos de las defensorías oficiales, LL 1990. Citada por Julian Langevin en La defensa pública como condición de legitimidad del Estado de Derecho en www.ijeditores.com

ámbito propicio para constituirse en asesor y conciliador juntamente con las autoridades indígenas.

En esta Defensoría se incluiría la figura del Mediador con la participación de profesionales formados en mediación intercultural y el apoyo de interpretes en el proceso de mediación para actuar en la resolución de conflictos que afecten a la comunidad, armonizando las normas jurídicas vigentes con las costumbre de los pueblos originarios teniendo como base el respeto mutuo y las normas internacionales de derechos humanos.

La mediación busca el diálogo entre personas en un espacio en el que puedan expresar sus intereses y necesidades mutuas, en consonancia con lo estipulado en el Art. 9 del Convenio 169:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Y lo dispuesto en las 100 Reglas de Brasilia sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de justicia estatal:

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

En la provincia de Salta la Ley 7324 y su decreto reglamentario establecen la normativa aplicable a la mediación. Actualmente funcionan Centros de Mediación Comunitarios distribuidos en toda la provincia.

De esta manera, la Defensoría Pública Indígena adquiere características particulares ya que sirve de enlace velando por la vigencia de los principios y valores legales establecidos en:

- La Constitución Nacional

- Las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 75 inc. 22);

- El Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ley 24.071);

- Ley N° 23.302³⁰⁸

- Ley N° 26.160³⁰⁹

- Constitucion Provincial y Leyes provinciales

Considero que incorporar defensorías especializadas, que presentan como rasgos distintivos una atención particularizada a los miembros de los Pueblos indígenas, constituye un avance no solo en su genuino reconocimiento sino en su integración.

4.14 La mirada periodística

En este contexto, comparto la nota de Cristina Carrazán, Corresponsal del Dpto. San Martín del diario El Tribuno, que condensa todo el sentir wichi.

³⁰⁸ Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes

³⁰⁹ Ley de Emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras que ocupan las Comunidades Indígenas



Andrés Ferreira durante su recorrida por territorio wichi.

El Chaco salteño es esa inmensa, interminable llanura que décadas atrás fuera un monte casi virgen, poco menos que inaccesible y donde reinaba la naturaleza en todo su esplendor. Allí mismo, cuando mi hermano wichi que lo habitaba miraba al cielo, veía volar una charata o una paloma; y si miraba al suelo, muy por cerca de sus pies pasaba una corzuela, un quirquincho, un robusto chanco del monte que atravesaba esos caminitos para perderse en la espesura misma.

Mi hermano no pedía mucho, era feliz con solo tener buena comida para él y para sus hijos y para su felicidad total muy cerca de él serpenteaba el Pilcomayo; era tan largo que nunca supo dónde comenzaba y dónde terminaba. Solo sabía que con acercarse y sacar un sábalo -un hábito que le llevaba unos cuantos minutos y que aprendió de su padre- ya tenía la comida asegurada. Durante el verano se quedaba con su familia cerca del río que le daba a él y a todos los suyos el alivio que necesitaban durante el impiadoso verano y todos jugaban horas y horas en ese río que mantenía casi el mismo color que su piel curtida por el sol. En la orilla misma, unas cuantas champitas servían para hacer el fuego y cocinar y saborear ese pescado que alcanzaba para todos.

¿Y la miel que le robaba a las abejas? Sus changuitos, su mujer embarazada habrían de hacerse un gran festín porque encontrar esos paneles que rebalsaban de miel cristalina era sencillo y sabía hacerlo desde chiquito, como son ahora sus hijos. Se sentaba cerca de los charcos que la lluvia dejaba y esperaba paciente. En el monte el tiempo pasaba lento y apacible, como esa forma pausada que él

³¹⁰ Las fotografías fueron proporcionadas por el hijo de Andrés Ferreira, un poblador nacido en Tucumán quien en la década de 1930 investigó la apasionante cultura de los grupos tobas, chulupíes y wichis del Chaco salteño.

tiene de hablar, con esa quietud que hasta en su mirar denota su origen. En algún momento de la tarde, las abejas sedientas se acercaban a los charcos a beber y solo era cuestión de seguirlas primero con la mirada, después a paso lento hasta descubrir en cuál árbol estaba ese panal.



Pescadores wichis con sus redes tijera

Mi hermano wichi levantaba la cabeza y sonreía satisfecho porque había encontrado más alimentos para sus pequeños y para su mujer, a la que cuidaba porque en su vientre albergaba a quien perpetuaría su raza. Esa raza que ocupa la tierra ardiente que llamaron el Chaco salteño. Él nunca se preguntó por qué está ahí... solo sabe que sus abuelos y sus bisabuelos murieron ancianos y que su padre y su madre -y que él mismo- morirán ahí mismo porque ese es su mundo.

El panal está en un viejo algarrobo rodeado de otros cientos de algarrobos y mistoles, árboles a los que ha visto en ese mismo lugar desde que tiene uso de razón. Ya que está cerca, además de la miel, llena su bolsa hecha de fibras de chaguar, de frutos de los dos árboles que también serán parte de la comida para toda su familia.

No hacía falta nada más; ni casa porque para vivir, en el verano ardiente juntaba ramas de alcocha debajo de las cuales se iban a guarecer cuando caigan las intensas lluvias; después de unos días seguiría caminando hacia otro lugar donde habría de encontrar más palomas, más miel, más sábalos.

Pero algo muy malo le sucedió a mi hermano wichi y fue la llegada del criollo. Primero fueron muy pocos que aprendieron de su sapiencia y a quienes les enseñó los secretos insondables de su madre tierra. Pero después vinieron más criollos y otros más blancos todavía con hachas y con sierras y después con topadoras y le destruyeron su monte, contaminaron su río, acabaron con su comida y la comida de sus hijos.

Hoy mi hermano mira al cielo y ya no para encontrar -como había hecho su abuelo- algún ave para cazar y alimentarse; mira y ve un helicóptero que se lleva de urgencia a su hijo pequeño muerto de hambre y con él a la madre de sus hijos porque no pueden quedarse solos. Y el criollo lo culpa al wichi y le dice que es un vago, que no trabaja, que no hace nada, por eso sus hijos y ese hijo que su mujer lleva en el vientre también se puede morir porque ella come muy poco todo por culpa de él, de mi hermano wichi...



Mujeres aborígenes del Chaco salteño

Después que el helicóptero despegaba levantando un polvareda de ese desierto en que se transformó gran parte del monte que conoció, toma al mayor de sus hijos de la mano mientras otros tres más chiquitos corren por detrás y vuelve con su

andar cansino a su wete, a esperar a que regresen su mujer y el más chiquito. Se quedará con sus otros hijos, tendrá que buscar quien lo lleve hasta la Municipalidad de Santa Victoria y si lo consigue, capaz que ahí o en un centro de salud le den un bolso con algunos paquetes de comida. Arroz, fideo, unas latas de picadillo, un paquete de leche barata.

El agente sanitario que habla su idioma le indica que se lave las manos, que haga hervir eso que viene dentro de los paquetes y que le dé a sus hijos. Se queda viéndolo y luego desvía la mirada buscando a sus changuitos que como él, no comen desde ayer cuando se metieron a la boca el último pedazo de pan endurecido que le quedaba en la bolsa hecha de hebras de chaguar y que cuelga de su espalda.

Mi hermano wichi volverá al monte a hacer lo único que por costumbre, tradición, cultura y cosmovisión sabe hacer: cazar, pescar, recolectar. Pero nunca más tendrá la misma suerte que tuvieron otros de sus hermanos que vivieron antes que él porque ya no hay árboles, el Pilcomayo tiene pocos peces porque muchos redeadores lo dejan vacío para ir a vender a los pueblos; porque los animales que eran su alimento diario no existen más (aunque como el indio y sus hijos eran parte del mismo ambiente). Siente esa angustia, esa pena que no puede expresar con palabras... En el fondo lo que siente es que así como el monte y todo lo que lo conformaba se ha extinguido, él y la gente que ama tienen como destino la extinción y la tragedia.

5. CONCLUSIONES. Mirada final

En esta última mirada, voy a retomar las inquietudes planteadas al inicio del trabajo³¹¹ que guían aspectos centrales de mi interés en el tema analizado: el conocimiento, reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas.

En un contexto donde la exclusión y la pobreza cobran la muerte de niños de las comunidades aborígenes wichi, resulta muy difícil analizar su situación jurídica, sabiendo que fundamentalmente los pueblos originarios no tienen satisfechas sus necesidades básicas y se ven amenazados también por el dengue y la pandemia (covid19).

El pueblo Wichi, tiene su propia mirada del mundo, de sus sistemas éticos y valores morales. La afirmación primordial de los wichi, es que ellos pertenecen desde tiempos inmemoriales a la tierra donde viven. Existe una fuerte vinculación entre el monte y la vida, tanto cultural como espiritual. Todo gira en torno al monte, monte que desde siempre fue su territorio y es una fuente directa de vida (alimentos de las plantas, de frutos, raíces y fauna nativa).

La importancia y el significado que tiene la tierra, y el lenguaje fueron desarrollados a lo largo de este trabajo y fueron destacados como los distintivos más relevantes en la construcción subjetiva de la identidad wichi. Tal como lo sostiene Gadamer el lenguaje es el medio en el cual nace y se injerta todo lo que es humano, es el lugar en el que se experimenta el ser. El territorio es el espacio que los pueblos indígenas comparten con los demás seres vivos en una relación directa como garantía de sustentabilidad, de libertad incondicional para la manifestación de sus espiritualidades y culturas. Es necesario conocer esta concepción para poder reconocer la dimensión que tiene y por qué es prioritaria.

³¹¹ Los objetivos específicos planteados fueron: 1. Establecer, reconocer/identificar las relaciones, patrones y rasgos, costumbres vigentes en la sociedad wichi. 2. Identificar y determinar el alcance del reconocimiento de los pueblos indígenas. 3. Analizar la aplicación de la normativa legal a la comunidad wichi de Salta. 4. Dilucidar cuáles son los campos de tensión entre las concepciones indígenas y la aplicación del respeto a los derechos humanos

El wichi tiene la conciencia de una cultura propia. Esto fue recalcado en todos sus petitorios y reclamos judiciales.

Luego de describir el desarrollo legal referido a los pueblos originarios en la Argentina, la presente tesis hizo centro en aquellas leyes que rigen actualmente a través de su reconocimiento constitucional. La ratificación de tratados de derechos humanos que pasaron a integrar el bloque de constitucionalidad y la incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas, generaron un cambio de paradigma.

En este cambio, el Poder Judicial tiene la facultad de especificar la extensión y alcance de esos derechos. La situación jurídica descrita del pueblo wichi, sumada a los dichos de los propios wichi, revela que estas comunidades se encuentran en situación de vulnerabilidad y desprotección, fundamentalmente por la falta de reconocimiento de su territorio. Esto último vuelve relevante la inclusión en esta tesis de la mirada de los propios integrantes del pueblo wichi. Sostiene Gadamer que no hay mejor camino para superar los prejuicios que la actitud de la interrogación, la apertura de sentidos que se produce a partir del diálogo intercultural. Plantea que lo más importante no es encontrar la estructura histórica, como la época, sino comprender nuestro presente; lo que se conserva del pasado tiene un significado propio, y por tanto, es la realización de la tradición en la cotidianidad que tiene como función formular preguntas acerca de lo que hemos llegado a ser y cuyas respuestas nos permiten esbozar el futuro.

El pueblo wichi ha tenido un papel relevante en sus petitorios judiciales, denunciando la violación de derechos humanos reconocidos constitucionalmente ante la justicia provincial, la justicia nacional y órganos internacionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ingresado al estudio de la cuestión de fondo en los reclamos por parte de la comunidad wichi, marcando el camino jurisprudencial de los pueblos indígenas de nuestro país.

A través de la mirada de la justicia, se pudo observar que el reconocimiento a lo diferente y los interrogantes planteados son una discusión sobre el poder de unos sobre otros. Por eso considero que lejos estamos de reconocer un sistema jurídico indígena tradicional. Entonces, más que aspirar a modelos ideales de un

derecho indígena, la faceta a la que me adhiero plantea la necesidad de primeramente “conocer” en sentido gadameriano a los pueblos indígenas argentinos, para “reconocer” (comprender) como se relacionan, construyen y reconstruyen.

La perspectiva de la interlegalidad planteada contribuye al debate político en torno al reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas y los Estados pluriculturales. En este sentido es posible hacer las siguientes reflexiones:

-La proclamación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas invisibilizados en nuestro país y relegados por siglos en el mundo, surge a partir de planteos sobre los derechos humanos en el plano internacional.

-Se observaron diversos problemas en el reconocimiento de los pueblos originarios, así como obstáculos para su acceso a justicia. Sin embargo, también señalo en esta tesis la innegable evolución y la apertura progresiva de los sistemas constitucionales latinoamericanos en favor de su integración; no solo consagrando derechos relacionados con su identidad étnica y cultural sino estableciendo espacios políticos para su desarrollo.

-El derecho de acceso a justicia de los pueblos indígenas funge de guía para el reclamo, aplicación e interpretación de otros derechos.

- El análisis interpretativo de sentencias judiciales que involucran al pueblo wichi revelan los ejes temáticos que reclaman los pueblos originarios su atención: primeramente la territorialidad relacionada con la biodiversidad e interculturalidad. La comprensión de las demandas indígenas, gira en torno a la tierra, y en consecuencia a su participación en la toma de decisiones con relación a sus derechos.

-La Justicia a través de sus argumentaciones e interpretaciones se visualiza como un mecanismo de integración que propicia a través de los derechos fundamentales el reconocimiento de los derechos indígenas. Se resalta la importancia del círculo y del diálogo hermenéutico en la labor de la impartición de justicia.

-En diversos puntos, se da cuenta de grandes avances en la integración normativa, jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas tanto a nivel

nacional como a nivel provincial. Sin embargo, el reconocimiento de esos progresos no significa que las políticas públicas hayan alcanzado el nivel mínimo de desarrollo en esa materia, ni de su cumplimiento efectivo.

-La jurisprudencia que se sienta tanto nacional como internacional tiene una importancia muy particular, ya que, a través de ella se fija que los derechos contemplados en el Art. 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional son operativos, son preferentemente de competencia local³¹² y que la forma de reclamarlos son a través de la acción de amparo colectivo ya que es la vía rápida y eficaz establecida en el Art. 43 de la Constitución Nacional.

-Por otra parte se evidencia asimismo, que ante la falta de decisiones políticas que acompañen las sentencias, los avances en la protección de los derechos indígenas han sido más relevantes en el plano jurisprudencial que en el de la praxis.

--El caso de Lhaka Honhat es un hito sobre el derecho de los pueblos indígenas a su propiedad ancestral en nuestro país y marca un precedente categórico. La sentencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos representa un avance jurisprudencial genuino, y fija lineamientos de restitución y compensación por la vulneración de derechos de pueblos indígenas en contextos de afectación a sus recursos naturales. La Corte interpretó que el territorio es una fuente directa de vida (alimentos de las plantas, de frutos, raíces y fauna nativa).

De los fallos analizados en la presente tesis surge que el territorio es su principal reclamo, ya que es el espacio vital del desarrollo y del ejercicio de todos sus derechos. Es el espacio que los pueblos indígenas comparten con los demás seres vivos en sentido intrínseco. La Corte Interamericana en el caso mencionado *ut supra* va mas allá y realiza un examen a la luz de ampliar el alcance de este vínculo especial, entendiendo que el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios y los recursos naturales pone en juego especialmente el derecho a la identidad cultural y el derecho a la vida

³¹² Salvo que nos encontremos frente a alguno de los supuestos previstos en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional

porque implica un riesgo para la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

-Con base en la perspectiva de la interlegalidad planteada lo que se pretende es aportar mecanismos de acceso a justicia factibles de aplicar, pensando en las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los indígenas. El Protocolo de actuaciones para una justicia pluricultural ofrecería orientaciones y directrices para la actuación de la justicia concernientes a personas y comunidades indígenas. Se trata de una herramienta jurídica de acceso a la justicia, que acompañará a los jueces y operadores de la justicia para comprender y atender los casos con un enfoque de derecho, y desde el abordaje de la diversidad cultural relativa a los pueblos indígenas de la provincia de Salta. En la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas es importante conocer los instrumentos internacionales vinculante. Contar con una recopilación de la legislación vigente internacional, nacional y provincial, jurisprudencia y recomendaciones en el abordaje de los conflictos que se suscitan, será un instrumento esencial para los operadores de justicia. Es una forma de atender la magnitud de las reestructuraciones, ampliaciones y enmiendas que demandan los derechos de los pueblos originarios a la justicia. Asumir que la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, tiene un sentido político y distintos efectos jurídicos concretos, es el primer paso de su reconocimiento.

Por otra parte, facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas con la propuesta de creación de la Defensoría Pública Indígena en la esfera provincial, es la forma que tiene el Estado de cumplimentar con el mandato constitucional de proveer los funcionarios que se encarguen de proporcionar la defensa a aquellos que más lo necesitan y no tienen los medios económicos. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas plantea diversos desafíos y obliga a incorporar instituciones en nuestro sistema que tengan presente la diversidad y la existencia y vigencia de derechos específicos, para consolidar un Estado igualitario e intercultural. El servicio de asistencia letrada gratuita especializada (defensa pública) para la promoción y protección de los derechos de los pueblos originarios, representa el aporte del Estado al inexcusable deber de prestar asistencia a los sectores más vulnerables.

Todo esto forma parte de la construcción de un proyecto intercultural y democrático. De esta manera las políticas de reconocimiento no solo quedan en reconocer constitucionalmente la diversidad cultural sino que se plasman en la creación de instituciones especializadas.

-Esta propuesta enfrenta a la defensa pública especializada al reto de encontrar formulaciones jurídicas que defiendan las demandas legítimas de las comunidades indígenas de la provincia de Salta en torno a sus derechos.

Si los operadores de justicia deben estar capacitados para poder atender los pueblos indígenas en sus inquietudes, entonces resulta ineludible la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en la enseñanza del derecho constitucional en los ámbitos académicos.

-Un hecho central en el respeto por los derechos de los pueblos indígenas desde una perspectiva interlegal es el reconocimiento que las comunidades indígenas tienen sus propias características particulares. Estas características de corte geográfico, económico, cultural y político inciden en las relaciones internas de los pueblos indígenas, y en su relación con el derecho del Estado. La población originaria argentina es muy heterogénea, por eso la propuesta se enmarca teniendo en cuenta las características de la comunidad wichi en el ámbito provincial, que puede ser replicada en otras jurisdicciones.

-El reconocimiento de lo diferente implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de culturas diferentes, con diferencias lingüísticas y lo que es crucial en la mirada de la justicia: la existencia de intereses en conflicto. Por ello, es necesario conocer las diferencias para interpretar poniendo en dialogo los perjuicios del interprete y del interpretado (fusión de horizontes gadamerianos). Esto significa que la interpretación como tarea, como esfuerzo, descansa sobre una comprensión también diferente (precomprensión). Es la propia realidad la que impulsa la necesidad de un diálogo que no signifique la subordinación de uno a otro, sino por el contrario que promueva el respeto de sus diferencias, tal como lo postulan los autores invocados a lo largo de este trabajo (Gadamer, Ferrajoli, de Sousa Santos, Beuchot, Rabbi-Baldi), siendo el único límite, los derechos humanos.

Finalmente, es preciso concluir que detrás de todo esto hay personas concretas, que no tienen voz en las decisiones, que son estigmatizadas, en este caso doblemente estigmatizadas: por ser indígena y pobre. Por eso el desafío de la justicia y no solo de la justicia, es abrir los ojos para “mirar” aquello que no se conoce, para “comprender” y entonces promover, a través de sus decisiones, estructuras que contribuyan a encontrarnos en la “mirada” de nuestros hermanos indígenas.

6. BIBLIOGRAFIA

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2005) *El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno*, Revista Ius et Praxis, Vol 11 (1), Univ. Talca, Chile.

Aguirre Beltrán Gonzalo (1957) *El Proceso de Aculturación*. Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones. Primera Edición.

Aguirre Santiago Marino (2014) “*La Defensa Pública y el Bicentenario*”. Revista del Ministerio Público de la Defensa.

Alexy Robert (1995) *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luis Villar Borda, 1ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Alexy, Robert (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, reimp. (del alemán por E. Garzón Valdés)

Alexy, Robert (2012) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Álvarez Luciana (2014) *Derechos de las Comunidades Indígenas y Mundialización: consideraciones a partir del análisis de casos judicializados en Argentina*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 17.

Alvarsson Jan-Ake (1999) *Conflictos y Guerras entre los Weenhayek (mataco-noctenes) en mito, Guerra y Venganza entre los Wichi*. Coordinador Mario Califano. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura Buenos Aires

Alvarsson Jan-Ake (2012) *Etnografía Wiinhayek*. Volumen 1. Campear y Pescar. La organización socio-económica y política. Universidad de Uppsala en cooperación con FI'WEN Villa Montes. Bolivia.

Anaya, James (2006) *Los pueblos indígenas y el Estado multicultural. En: Derechos humanos de los pueblos indígenas*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos.

Ander-Egg Ezequiel (1995) *Técnicas de Investigación Social*. 24.a edición Buenos Aires, Editorial LUMEN.

Anitua, Gabriel Ignacio (2011) *La defensa pública como garantía de acceso a la justicia*, Revista del Ministerio Público de la defensa nº 6

Anitua, Gabriel Ignacio (2008) “*Una triste genealogía de la defensa (y como recordarla para hacer otra cosa)*” en Revista del Ministerio Público de la Defensa nro. 4, Ed. del Puerto.

Annino, Antonio (2005) *El paradigma y la disputa (en Relatos de la nación: la construcción de las identidades nacionales en el mundo hispánico, I. Iberoamericana, Madrid*.

Ardila Trujillo Mariana (2011) *Hacia la resolución de los conflictos entre la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las mujeres*. Revista Derecho del Estado n.º 26, pp. 137-152.

Arellano Adriana, Guardo Gabriela (2012) El Rol del Ministerio Público en el Acceso a la Justicia. La función de la defensa en *Lecciones sobre los Nuevos Perfiles del Ministerio Público de Salta*. 1 ed. Salta Escuela del Ministerio Público. Impreseiones Artes Graficas Crivelli

Arizpe Lourdes (2006) *Culturas en movimiento. Interactividad cultural y procesos globales*, en www.biblioteca.diputados.gob.mx

Bartolomei María Luisa (2007) “*Unidad y diversidad en la Conceptualización de los Derechos Humanos: Diversidad cultural y social en América Latina*”, SALA CLACSO.

Barúa Guadalupe. *Alianzas y proximidad social. Discusiones sobre las particularidades del sistema de parentesco de los Mataco Wichí del Gran Chaco*. Sección Etnología y Etnografía, ICA / CONICET. DOI: <https://doi.org/10.34096/runa.v21i1.1392>

Barúa Guadalupe (2009) *La nostalgia wichí como un estado del alma*. Revista Española de Antropología Americana vol. 39 num 2 . 209-227.

Barúa Guadalupe (1986) *Principios de organización en la sociedad mataco*. Suplemento Antropológico (XXX-1)

Barúa Guadalupe y Dasso María Cristina (1999) *El Papel Femenino en la hostilidad wichí, en Mito, guerra y venganza entre los Wichí*. Coordinador Mario Califano. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.

Bergesio Liliana (2015) *Pueblos distantes, derechos universales y voces silenciadas en torno a un documental sobre los wichí*. Universidad Nacional de Jujuy. Revista Española de Antropología Americana, vol. 45, núm. 2, 477-498. ISSN: 0556-6533 <http://dx.doi.org/10.5209/REAA.5493>

Betti, Emilio (1975) *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*.(Trad.y prólogo de José Luis de los Mozos) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Betti, Emilio (2015) *La interpretación jurídica*. Traducción de Alejandro Vergara Blanco, Ediciones Universidad Católica de Chile, en www.ediciones.uc.cl

Beuchot, Mauricio, González, Jorge Enrique (2018) *Diversidad y diálogo intercultural*. 1ª edición. Bogotá, Editorial El Búho.

Bidasecca K. (2011) *Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial*. Andamios. Revista de Investigación Social 2011861-89 Disponible en <http://www.rdalyc.org/articulo.oa?id=62821337004>.

Boletín Oficial Provincia de Salta en www.boletinoficialsalta.gob.ar

Boletín Oficial de la Nación Argentina en www.boletinoficial.gob.ar

Bonilla, E., Rodríguez, P. (2000) *Manejo de datos cualitativos*. In B. E & P. Rodríguez (Eds.), *Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales*. Bogotá, Universidad de los Andes: Grupo Editorial Norma.

Braunstein, José (1984) *Algunos Rasgos de la Organización Social de los Indígenas del Gran Chaco*. . Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

Briones Claudia (1998) *La alteridad del cuarto mundo. Una desconstrucción antropológica de la diferencia*. Serie Antropológica. Ediciones del Sol.

Buluibasich, E. Catalina – González Ana I.(2009) *Los Pueblos Indígenas de la Provincia de Salta - La posesión y el dominio de sus tierras Departamento San Martín* ISBN: Edición: Centro Promocional de las investigaciones en Historia y Antropología (CEPIHA) Salta, Argentina.

Cardona de Trabattoni, Adriana Inés (2004) "*Aproximaciones entre un mito de origen y el génesis : rasgos dramáticos : de los wichí del chaco argentino.*" Ponencia presentada en las Jornadas Diálogos entre Literatura, Estética y Teología, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Católica Argentina. Buenos Aires, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/aproximaciones-mito-origen-genesis-dramaticos.pdf>

Carnovale Vera (2006) *Memoria, espacio público y Estado: la construcción del Museo de la memoria*. Publicado en Estudios AHILA de Historia Latinoamericana, n2, Verveurt.

Carrasco Morita, Zimmerman Silvina (2006) *Argentina: el caso LHAKA HONHAT*. Informe 1 IWGIA

Chartier, Roger (1992) *El mundo como representación*. Traducción Claudia Ferrari. Editorial Gedisa S.A. Barcelona, España.

Cartilla Guía de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas Ministerio Público de la Defensa de la Nación.E:/54387/Downloads/Cartilla%20Indigenas%20WICHI.pdf

Comanducci, Paolo (2002) en “*Problemas de Compatibilidad entre Derechos Fundamentales*”, en “Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, Publicación de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba. Comisión Nacional Acceso Justicia – Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/quees.do>

Constitución de la Nación Argentina, (1994) sancionada por la Convención Constituyente en Santa Fe

Constitución de la Provincia de Salta (1986) reformada parcialmente, concordada y sancionada por la Convención Constituyente el 07/04/98, modificada parcialmente (art. 140) por la Convención Constituyente el 30/08/03

Convención Nacional Constituyente 1994. Diario de Sesiones. Secretaría Parlamentaria. En www.hcdn.gob.ar

Croxatto Guido Leonardo (2012-2013) *¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres? Respondiendo a la famosa pregunta de Susan Moller Okin a partir de un caso argentino*. Trabajo fue presentada en el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho “Bajo Palabra” (“Filosofía, Derechos Humanos y Democracia”), de la Universidad Autónoma de Madrid, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford.

Dasso María Cristina Afrenta (1999) *Equilibrio del control y descontrol en la existencia wichi, en Mito, guerra y venganza entre los Wichí*. Coordinador Mario Califano. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.

Dasso María Cristina Afrenta (1999) *Ofensa y control en la sociedad wichi, en Mito, guerra y venganza entre los Wichí*. Coordinador Mario Califano. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.

Dávalos Pablo (compilador) (2005) Macas Luis, Polanco Héctor Díaz, Toledo Llancaqueo Víctor, Kropff Laura, Andolina Robert, Radcliffe Sarah, Laurie Nina, Melesio Peter, Ticona Alejo Esteban, Simbaña Floresmilo, Peña Francisco, Burguete Cal y Mayor Araceli, Leyva Solano Xochilt, Palacios Paulina, Hidalgo Flor Francisco, Viteri Gualinga Leonardo. *Pueblos indígenas, estado y democracia. Movimientos indígenas en América Latina: el derecho a la palabra*. Bs. As: CLACSO

Desántolo Barbara, Lamenza Guillermo, Balbarrey Gabriel, Ramallo Virginia, De Feo Carlos, Calandra Horacio, Braunstein José A., Salceda Susana. Territorialidad y Laudo Forense (2013) El caso "Misión Esteros" (Formosa Argentina). Folia Histórica del Nordeste, N° 21 (Resistencia) IIGHI, IH - CONICET, UNNE

De Sousa Santos, Boaventura (2003) *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Volumen I: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática.

De Sousa Santos, Boaventura, Exeni Rodríguez José Luis (2012) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. La Paz, Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala.

De Sousa Santos, Boaventura (2002) *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. El otro Derecho, numero 28, ILSA, Bogotá DC Colombia, Traducido por Libardo José Ariza.

De Sousa Santos, Boaventura (1991) *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia - ILSA. Bogotá.

De Sousa Santos, Boaventura (2010) *La refundación del Estado en América Latina*. Plural editores, La Paz.

De Sousa Santos, Boaventura (2007) "La reinención del Estado y el Estado plurinacional" en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, N° 22.

De Sousa Santos, Boaventura (2010) *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO/ Prometeo Libros, Buenos Aires.

De Sousa Santos, Boaventura (2009) *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*. CLACSO y Siglo XXI, México.

Eco, Umberto. *Come si fa una tesi di laurea: le materie umanistiche, Milano, Toscabili Bompiani* (1998 e.o 1977). Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura. Trad. Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona, Gedisa.

Ferrajoli, Luigi (1999) “*Derechos Fundamentales*” en “*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*”, Ed. Trotta, Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2005) “*Derechos Fundamentales*”, en “*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*”, Ed. Trotta, Madrid

Ferrajoli Luigi (2004) *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Madrid. Trotta.

Ferrajoli Luigi (2007) “*Garantismo y defensa penal-sobre la defensa pública-*”, Revista del Ministerio Público de la Defensa, Año I, N° 2.

Ferrajoli, Luigi (2014) “*La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*”. Ed Trotta. España.

Ferrajoli, Luigi (2002) “*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*”, en “*Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal*”, Publicación de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba.

Ferrojoli, Luigi. *Universalismo de los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo*. Texto de la conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 30 de octubre de 2007, con motivo de la recepción del Premio Internacional de Investigación Jurídica "Héctor Fix-Zamudio". Traducción de

Miguel Carbonell, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Frigari Rubén. *Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual*. Revista Lexis Nexis. Argentina.

Gadamer Hans (1992) *Verdad y método. Fundamento de una hermenéutica filosófica*, Salamanca.

García Luís M. (2002) *“El derecho del imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana”*, Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires.

García, Miguel A. (1996) *“Indicios, Sociabilización y ‘Performance’ En Las Danzas Nocturnas De Los ‘Wičí’ Del Chaco Argentino.” Latin American Music Review / Revista De Música Latinoamericana*, vol. 17, no. 1 JSTOR, www.jstor.org/stable/780336. Accessed 13 Aug. 2020.

González Aguirre Beltrán (1957) *El Proceso de Aculturación*. Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones, Primera Edición

González Álvarez, Roberto en *“Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación”* <http://www.sopecj.org/rgaddhh.pdf>

Gonzalez, Ana Florencia (2017) *Tensiones entre el discurso de los derechos humanos y la reivindicaciones de mujeres indígenas desde la perspectiva del ordenamiento internacional*. Tesis de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Barcelona.

González Galván, Jorge Alberto. *El derecho consuetudinario indígena en México*, en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. IV Jornadas Lascasianas Internacionales, num 2, México,

González Galván, Jorge Alberto (2002) *Las etnias en la Constitución: Hacia una sociedad plurinacional-pluricultural en La sociedad mexicana frente al tercer milenio*. Ed. Humberto Muños García Roberto Rodríguez.

Guber Rosana (2001) *La etnografía. Método, Campo y Reflexividad*. Grupo Editorial Norma Buenos Aires, Barcelona, Caracas, Guatemala, Lima, México, Panamá, Quito, San José, San Juan, San Salvador, Bogotá, Santiago

Guerra González María del Rosario (2007) *Multiculturalismo y derechos humanos: limitar, tolerar o fomentar lo diferente*. Scielo. Andamios vol. 3 no.6 disponible en www.scielo.org.mx

Guiñazú Claudio E. Algunas reflexiones acerca del status jurídico de las comunidades indígenas en el proyecto de Ley de Código Civil y Comercial de la Nación.

[file:///E:/54387/Downloads/Algunas_reflexiones_acerca_del_status_ju%20\(1\).pdf](file:///E:/54387/Downloads/Algunas_reflexiones_acerca_del_status_ju%20(1).pdf)

Hoffmann, O.; Rodríguez, M. T. (2007) Conclusiones. En: Hoffmann y Rodríguez (ed.), *Los retos de la diferencia, Actores de la multiculturalidad entre México y Colombia*, CEMCA-CIESAS-ICANH-IRD, México.

Iglesias Vila Marisa (2005) *Justicia Global y Derechos Humanos: Hacia una ética de las prioridades*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid N° 9. Ejemplar dedicado a: Globalización y derecho / coord. por Manuel Cancio Meliá).

Jiménez Asensio, Rafael (2003) *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Ed. Marcial Pons, Madrid.

Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

Langevin Julián H., "El rol del Ministerio Público de defensa", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, año 5, N° 8

Lemperiere, Annick. *El paradigma colonial en la historiografía latinoamericana*, versión electrónica en Istor.cide.edu

Lynch, Fernando (2008) *El espíritu del jatáj. Una lectura perspectivista de la psicoactividad del cebil en el shamanismo wichí*. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Misiones, Posadas

Lodeiro Martínez, Fernando (2003) “*Las nuevas tendencias en la defensa oficial*”, JA

Loperena Rota, Demetrio (1999) “*Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección*” en Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, N° 6. (www.Cica.es/aliens/gimadus/)

López Puleio, María Fernanda (2002) “*Justicia penal y defensa pública*” y Martínez, Stella Maris, “*Defensa pública, derecho del pueblo*” defensa Pública, Revista Latinoamericana de Política Criminal N° 5, Buenos Aires.

Los Derechos Humanos Indígenas, Migratorios y Minoritarios. (2016) Coordinadores: Ramón Hernández Reyes, Miguel Maximiliano Guzmán Abrego, Yursha Andrade Morales, Susana Madrigal Guerrero, Jean Cadet Odimba One'tambalako. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Maidana, C; Ottenheimer, AC; González, D; Aragón, G. y L. Tamagno. (2013) *Derechos Indígenas en Argentina. Territorios y propiedad comunitaria. IV Congreso Argentino – Latinoamericano de Derechos Humanos: Diálogos Pluriculturales para la Equidad*, Rosario, Argentina.

Martínez Sarasola, Carlos (2013) *Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina*, coordinado por Tomas Lambré, edición literaria a cargo de Carlos Santos Sáez, 1° ed., 1° reimp. Buenos Aires, Del Nuevo Extremo.

Medina Quiroga, Cecilia, “*Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*”, www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario05/3_Articulos/Articulos_CeciliaMedina.pdf

Michellini Julia (2010) “*Sobre la defensa publica de cara al Bicentenario de la Revolución de Mayo – Un mandato histórico para el Estado y una garantía para los particulares*”. www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/1408

Mignolo Walter (2007) en su ensayo “*La idea de América Latina. La herida colonial y la opción de colonial*”, Gedisa, Barcelona.

Montani Rodrigo (2017) *El mundo de las cosas entre los wichí del Gran Chaco. Un estudio etnolingüístico*, Centro de Investigaciones Históricas y Antropológicas/ Instituto Latinoamericano de Misionología/Itinerarios Editorial Scripta autochtona, 17, Cochabamba.

Montani, Rodrigo (2013) *La construcción material de la persona entre los wichis del gran Chaco*. Avá. Revista de Antropología, núm. 22. Universidad Nacional de Misiones, Argentina.

Montani Rodrigo “*La etnicidad de las cosas entre los wichs del Gran Chaco (provincia de Salta, Argentina)*” en https://www.iai.spk-berlin.de/fileadmin/dokumentenbibliothek/Indiana/Indiana_25/Indiana_25_117-142_Montani.pdf

Montani Rodrigo- Combes Isabelle (2018) *Etnominia wichi: cien hipótesis para mil un nombres*. Revista Andina 56. La gestación de un programa político para la nación indiana (1645-1697) Cuzco Perú.

Paduczak, Sergio A. (2007) “*La crisis de la política criminal y su incidencia en la política penitenciaria. La defensa pública oficial como garante de los derechos humanos*”, Revista del Ministerio Público de la Defensa, Año I, Nº 2.

Palmer John (2005) *La buena voluntad wichi. Una espiritualidad indígena*. Grupo de Trabajo RUTA 81 Formosa y Salta Gran Chaco Argentino.

Peces-Barba, G. (1991) *Curso de Derechos Fundamentales (I)*. Teoría General, Eudema, Madrid.

Peces-Barba Gregorio (2001) *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid.

Peces-Barba Gregorio (1982) *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid.

Pérez Luño, A. E. (1990) "*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*", Ed. Tecnos, Madrid, 3º Ed.

Pérez Luño, A. (1988) E."Los derechos fundamentales", Ed. Tecnos, Madrid, 3º Ed.

Pietrafaccia Julio (2013) *La noche anterior había llovido*. Fundación Bien-Estar.

Pigna Felipe, www.elhistoriador.com.ar/biografias/r/rosas.php.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Segunda Edición 2014. En www.supremacorte.gob.mx

Pozzi Pablo (2012) *Esencia y Práctica de la Historia Oral*. Tempo y argumento. Revista do programa de pos Graduacao em História. Florianópolis.

Quiroga Nuñez Facundo, Guardo Gabriela (2011) "*En la modernidad, son diferentes los problemas en la teoría y en la fundamentación de los Derechos Humanos y Fundamentales?*". Trabajo inédito presentado en la Especialidad de DDHH. Universidad Nacional de Salta.

Quiroga Nuñez Facundo, Guardo Gabriela (2011) "*Pueblos Originarios, mestizaje y DDHH*". Trabajo inédito presentado en la Especialidad de DDHH. Universidad Nacional de Salta.

Quiroga Nuñez Facundo, Guardo Gabriela (2010) "*Tres Visiones sobre el etnocentrismo y su relación con el discurso de los Derechos Humanos*" Trabajo inédito presentado en la Especialidad de DDHH. Universidad Nacional de Salta.

Rabbi Baldi Cabanillas Renato (2005) "*Betti Emilio: La interpretación jurídica*". Páginas escogidas, compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, prólogo de Giuliano Crfo. Santiago, LexisNexi

Rabbi-Baldi Cabanillas Renato (2016) *Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los Derechos Humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia Argentina*, www.ancmp.org.ar.

Ramallo Virginia, Santos Maria Rita, Muzzio Marina, Motti Josefina María Brenda, Salceda Susana, Bailliet Graciela (2009) *Linajes masculinos y su diversidad en / ISSN 1852-060X (impreso) / ISSN 1852-4826 (electrónico) Facultad de Filosofía y Humanidades – Universidad Nacional de Córdoba – Argentina. comunidades Wichí de Formosa. Revista del Museo de Antropología 2: 67-74.*

Rawls John (1997) *El derecho de gentes en Isegoria*. Madrid.

Reategui Apaza Flavio (2014) *El Derecho Fundamental a la identidad étnica de los pueblos indígenas*. Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 73.

Ricoeur, Paul (2008) *Hermenéutica y acción: de la hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción*. La ed. Buenos Aires: Prometeo Libros.. Trad. Mauricio M. Prelooker, Lus J. Aduriz, Aníbal Fornari, Juan Carlos Gorlier, María Teresa La Valle.

Ricoeur, Paul (1999) *Historia y narrativa*, Paidós.Barcelona.

Rodríguez Mir, Javier (2006) *Los Wichí en las fronteras de la civilización, capitalismo, violencia y shamanismo en el Chaco Argentino. Una aproximación etnográfica*. Editorial Abya Yala.

Rodríguez Moreno, Alonso (2011) *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos en Colección de Textos sobre Derechos Humanos*, CNDH Mexico. En <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs>

Rossaro, María Florencia (2007) en “*La problemática del acceso a la titulación de las tierras aborígenes. Un estudio caso comparativo en la región del Chaco*”. Disponible en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo32/files/Ponencia_AEPA-rossaro-2007.pdf

Rosell Ulises, Documental *El etnógrafo*.

<https://www.fundacionitau.org.ar/presentamos-el-documental>

Rossi, Juan José (2007) *Los wichis ("Mataco")*, colección Aborígenes de la Argentina 1 ed. 1 reimp. Buenos Aires: Galerma.

Sagüés, Néstor (2004) *Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.

Sagüés Néstor (1998) *La interpretación de los derechos humanos en las Jurisdicciones Internacionales y Nacionales*. Anticipo de Anales. Año XLII Segunda Edición.

Sagüés, Néstor (2002) *Recurso Extraordinario*, Editorial Astrea Buenos Aires, Tomo 2.

Segato, Rita Laura. Antropología y Derechos Humanos: alteridad y ética en el movimiento de los derechos universales. En www.uba.ar/archivos_ddhh/.../Segato-%20Antropología%20y%20DDHH.pdf

Segato, Rita Laura (2003) *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.

Sierra María Teresa (2011) *Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena en justicia y diversidad en América Latina en Pueblos indígenas ante la globalización* Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra (coordinadores) México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador.

Silva Arévalos, Eduardo (2005) *Paul Ricoeur y los desplazamientos de la hermenéutica*. Teología y Vida, Vol XLVI. En www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0049-34492005000100008

Stavenhagen Rodolfo (2008) *“Los Pueblos Indígenas y sus Derechos”*, Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Unesco, México.

Tarducci, Mónica (2013) *Abusos, mentiras y videos. A propósito de la niña wichí*. Notas de Investigación. Boletín de Antropología y Educación. Año 4- N°05. 2013 ISSN 1853-6549

Terán Buenaventura (1999) *El ciclo de Tokjuaj y otros mitos de los wichí*, Buenos Aires, Del Sol.

Tola Florencia (2014) *Relaciones de parentesco en el Gran Chaco a la luz del film El Etnógrafo* Antropología e Imagen. Pensar lo visual, Barcelona.

Tola Florencia, Salamanca Carlos (2008) *Pueblos Indígenas*. Diccionario del Pensamiento Alternativo Buenos Aires.

Tovar, Antonio (1981) *Relatos y diálogos de los matacos*, Madrid, Cultura Hispánica.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (2011) *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización en El derecho en América Latina Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* César Rodríguez Garavito coordinador. http://www.canaljusticia.org/files/r2_publicaciones_archivos/fi_name_archivo

Vázquez Gabriela (2009) *“La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos. A propósito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba”*, publicado en la Revista Lexis Nexis, disponible en <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=6685&tipo=2>

Vigo, Alejandro G. (2002) *“Hans-Georg Gadamer y la Filosofía Hermenéutica: La Comprensión como ideal y Tarea”*. Estudios Públicos. <https://www.uma.es/gadamer/resources/Vigo.pdf>

Vigo, R. (1999) *La interpretación jurídica*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Propiedad comunitaria indígena. Reales: Formas coparticipativas de propiedad. Tendencias actuales. Comisión Nro. 5. Universidad Nacional de Córdoba, 2009.

XXIV Jornadas de Derecho Civil. El derecho real de propiedad comunitaria indígena. Conclusiones. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/02/12/2013/doctrina-deldia-el-derecho-real-de-propiedad-comunitaria-indigena#sthash.GBkpg3t7.dpuf>

Yankillevich Ángela (2019) *Juridización de las Identidades Indígenas en la Provincia de Jujuy*. Análisis de los Proyectos de Ley remitidos al Poder Legislativo Provincial entre los años 1983-1989. Revista Administración Pública y Sociedad (APyS-IIFAP-FCS-UNC) N° 08.

Yankillevich Ángela. (2016) *Discursos e Identidad: Interacción entre el estado de Jujuy y las comunidades indígenas de la provincia*. Revista Nuestro Noa, Nro. 8:35-61.

Zaffaroni Eugenio Raúl (2007) “*Sistema penal y procesal penal. La importancia de la defensa*”, Revista del Ministerio Público de la Defensa, Año I, N° 2.

Zagrebelsky, Gustavo (1995) *El derecho dúctil*. Madrid, Ediciones Trotta.

Zapata de Barry, Ana María; *El Protector de naturales y el defensor general de pobres en la estructura jurídica colonial de la América Hispana*, Revista del Ministerio Público de la Defensa, año 1 N° 3

Zimerman, S (2015) *Aportes para una norma que garantice el derecho a la tierra y al territorio en Argentina*. Dossier Propiedad comunitaria indígena. Kosovsky, Fernando (Comp.). Colección Extensión, serie Sociedad/Política. 1° Edición. Comodoro Rivadavia, Universitaria de la Patagonia. EDUPA.

FALLOS

Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta- Amparo. Edpte. CJS 21.648/00 (Tomo 115:337/344 8/mayo/2007)

C.S.J.N. “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta-Ministerio de Empleo y la Producción”, Fallos C 2124. XLI 2008.

C.S.J.N. “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’ Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, Fallos 325:1745 , 2002.

C.S.J.N Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional, 26/03/2009 fallos 332:663, disponible en <http://www.csjn.gov.ar/data/sda.pdf>

Comunidad Eben Ezer vs. Everest S.A.; Secretaria de Medio Ambiente de la Provincia de Salta – Amparo – Recurso de Apelación”, Expte. N° CJS 28.268/05.

Comunidad de San José - Chustaj Lhokwe – Comunidad de Cuchuy vs. Provincia de Salta-Amparo Expte N° CJS 36.946/13 (Tomo 207:687/716-03/octubre/2016)

Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi vs. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable- Amparo – Recurso, Expte. N° CJS 022.408/01 (Tomo 82: 67/86 – 29/noviembre/2002)

Ruiz, José Fabián s/Recurso de casación Expte. N° CJS 28526/06. <http://www.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php> (Tomo 109: 389/430 – 29/setiembre/2006)