

# LA NUEVA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ARGENTINA SOBRE DERECHOS INDÍGENAS: PROYECCIONES DE LA CUESTIÓN EN LOS ÁMBITOS INTERNO E INTERNACIONAL \*

Víctor Bazán\*\*  
Universidad Católica de Cuyo

## Sumario

I. Preliminar.- II. El marco normativo en el que se inserta la nueva cláusula constitucional relativa a los derechos indígenas.- III. Breve recorrido por algunos precedentes jurisprudenciales vinculados con la problemática en tratamiento: 1. De la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a. "Lorenzo Guari y otros c/ Provincia de Jujuy s/ Reivindicación". b. "Abdón López". c. "Eulogio Frites y otra c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-". d. "Terrabón S.A.C.I.F.I.A. c/ Provincia de Buenos Aires". 2. Un fallo de la justicia provincial de Neuquén utilizado a modo de 'caso testigo': a. La causa. b. Bases de sustentación del criterio absolutorio. c. El fallo ante una hipotética lectura apresurada. IV. Persecución penal por el Estado, diversidad cultural y Derecho consuetudinario indígena. V. Derechos indígenas y responsabilidad internacional del Estado. VI. Consideraciones finales.

## I. Preliminar

Presentado en forma sintética, este trabajo buscará sucesivamente bosquejar el contexto normativo argentino en relación con los derechos indígenas, con particular énfasis en la nueva cláusula constitucional -introducida por conducto de la reforma de 1994 y plasmada en el art. 75, inc. 17- y, a partir de dicho precepto y su empalme con otras normas constitucionales y

---

\* Sobre la base de la ponencia presentada y expuesta en el 'VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional', llevado a cabo en México, D.F., de 12 a 15 de febrero de 2002, bajo la organización del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

\*\* Profesor Titular (Catedrático) de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, República Argentina.

subconstitucionales, recalcar en el trascendente problema de la conexión entre el Derecho Penal estatal y el Derecho consuetudinario indígena.

No faltará una alusión a ciertos precedentes jurisprudenciales ni a la interrelación entre el *ius puniendi* en cabeza del Estado y el respeto por la identidad y diversidad culturales que viene asegurado no solamente por preceptos nacionales sino también por cláusulas de garantía dispensadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuestión que nos introducirá en la necesidad de dilucidar si un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional como consecuencia de violar (por acción u omisión) las cláusulas protectivas de los derechos indígenas.

El prisma bajo el que se examinará el asunto en torno del que gira el trabajo ancla sus raíces en la teoría tridimensional dentro de la concepción tridimensional del mundo jurídico, que intenta cohesionar las dimensiones normológica, sociológica y dialéctica. Es que la valencia axiológica de los bienes jurídicos comprometidos (identidad, particularidades culturales, pautas idiosincrásicas, ancestrales valores consuetudinarios enraizados en la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad étnica) exigen del Estado que actúe responsablemente y no sólo que se limite a dispensar bellas fórmulas léxicas plasmadas en textos normativos y no acompañadas de soluciones condignas en el sendero fáctico. Parafraseando a PÉREZ LUÑO, una visión integral del problema residiría en la tentativa de captar el Derecho en su entero desenvolvimiento tridimensional, desde su génesis en las conductas sociales hasta su formalización normativa y su legitimación axiológica, conjugando una perspectiva iusnaturalista con la teoría de la experiencia jurídica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El citado autor español adscribe a la tesis del iusnaturalismo crítico y deontológico, que –según su explicación– no niega juridicidad al Derecho positivo injusto, mas establece los criterios para comprobar su disvalor y, por lo tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo. Subraya el catedrático aludido que la razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del Derecho existente sino de las pautas axiológicas que deben informar al Derecho positivo y que, cuando no lo hacen, legitiman su denuncia. Añade que ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden ser concebidos como compartimientos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable, desgranando a partir de tal percepción la conjugación –a que hacemos referencia en el texto– del iusnaturalismo con la teoría de la experiencia jurídica (PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE: “En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos”, separata de la *Revista de Ciencias Sociales*, N° 41, primer y segundo semestres de 1996, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, págs. 241/242).

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

## **II. El marco normativo en el que se inserta la nueva cláusula constitucional relativa a los derechos indígenas**

En principio, cabe recordar que la República Argentina ha modificado su Constitución Nacional (en adelante: C.N.), en el año 1994. La Ley N.º 24.309 –declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional– incluyó como tema habilitado por el Congreso para su debate en la Convención Constituyente, a la adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas (art. 3, pto. LL).

Sucedía que en el texto constitucional histórico de 1853/60<sup>2</sup> se plasmó una norma que estaba contenida en el sector de atribuciones del Congreso de la Nación (art. 67, inc. 15) y que aludía a la problemática indígena del siguiente modo: “Proveer a la seguridad de las fronteras; *conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo*”<sup>3</sup> –subrayado nuestro–. El desfase provocado por el anacronismo de tal precepto era más que evidente.

Con la modificación y reenumeración del articulado constitucional, a manos de la reforma de 1994, parte de aquel artículo pasó a ser el inc. 16 del art. 75<sup>4</sup> (“Proveer a la seguridad de las fronteras”), introduciéndose, como inc. 17 del aludido art. 75, una cláusula específica en materia de derechos de los pueblos indígenas argentinos, que textualmente expresa:

“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

---

<sup>2</sup> Recuérdese que el poder constituyente originario que da forma al Estado argentino comienza en 1853 y se clausura en 1860, fecha esta última que fue signada por la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la federación.

<sup>3</sup> En el texto de 1853, la norma transcripta correspondía al art. 64, inc. 15. Con la reenumeración y revisión de 1860 pasó a ser el art. 67, inc. 15, conservando la misma redacción.

<sup>4</sup> El actual art. 75, con sus treinta y dos incisos, concentra el plexo de competencias del Congreso Nacional.

"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<sup>5</sup>."

Cabe poner de resalto que se borra la antigua referencia a los "indios" que brindaba el *ex art.* 67, inc. 15, y se pasa a formular un nuevo enunciado léxico, con una carga valorativa diversa de la que impregnaba a la norma sustituida. En torno del tema, PUNTE manifiesta que desde la perspectiva técnica es más exacta la palabra "indígenas", de raíz latina, que significa "originarios del país", que la voz "indios" que empleaba el tramo del precepto modificado, y que provenía de la convicción de los descubridores de haber llegado a las Indias<sup>6</sup>; ello, sin olvidar el tinte peyorativo del vocablo reemplazado.

El anacronismo normativo anunciado cobra mayor evidencia a partir de que en nuestra actual conciencia jurídica es (o debiera ser) impensable hablar de "conservar el trato pacífico con los indios" o de "promover la conversión de ellos al catolicismo". La redacción con la que hoy cuenta el art. 75, inc. 17, constituye un avance (aun cuando se advierta la convergencia de algunas pautas de difícil concreción<sup>7</sup>) en cuanto al establecimiento

---

<sup>5</sup> Para facilitar la comprensión de la problemática de la concurrencia competencial Nación-Provincias, es importante recordar que el orden estadual argentino se encuentra diseñado sobre una estructura *federal*, lo que significa que las provincias que integran la Nación conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal; además, son autónomas, calidad que las faculta para dictar sus propias Constituciones y normas locales (y regirse por ellas), erigir sus instituciones, elegir a sus autoridades, administrarse por sí mismas, etc.

<sup>6</sup> PUNTE, ROBERTO ANTONIO: "Los indígenas argentinos en la reforma constitucional (art. 75, inc. 17)", *El Derecho*, Tº 161, Buenos Aires (en adelante: Bs. As.), República Argentina (en lo sucesivo: Rep. Arg.), pág. 889.

<sup>7</sup> Así, y en tren de anunciar potenciales inconvenientes, LUCENA SALMORAL advierte –entre otras incógnitas– sobre la dificultad de implementación práctica del derecho "a una educación bilingüe e intercultural", pues requerirá de un costoso aparato educativo, además de la necesidad de planificar cuidadosamente sobre el particular para evitar el exterminio "de las culturas ya existentes por integrar sus partes a nacionalidades culturalmente diferenciadas"; la conflictiva temática de regular la entrega a las comunidades indígenas de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, pues –entendiéndose– puede suceder que haya

normológico de ciertos lineamientos fundamentales referidos a los derechos de los pueblos indígenas argentinos: v.gr., casualmente, la utilización del vocablo '*pueblos*' indígenas y no el de '*poblaciones*' indígenas; el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural; la obligación estatal de garantizar su derecho a la identidad.

El espectro legal en el que viene a insertarse –y a gobernar normativamente– la nueva disposición constitucional nacional, estaba compuesto por las Leyes Nacs. N<sup>os</sup>. 23.302 y 24.071, a las que nos referiremos sucintamente a continuación<sup>8</sup>:

- Entre otros aspectos regulados por la Ley Nac. 23.302 (B.O. 12/11/85), se declaró de interés nacional la atención y el apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades (lo que incluía el acceso a la propiedad de la tierra, el fomento de su producción, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes). Asimismo, se creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.). Cabe recordar que debieron transcurrir más de tres años, para que tal normativa fuera reglamentada; lo que se concretó por medio del Decr. Nac. N<sup>o</sup> 155/89 (B.O. 17/02/89); y

---

que expropiárselas o adquirirlas a particulares para luego transferirlas a aquellas comunidades, lo que –más allá de ser una “idea realmente bella”– “podría motivar la paradoja de que las tierras que les quitaron a los indios para privatizarlas sean ahora compradas”; o, por último, la de la participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que les afecten, en tanto pone el caso de la aparición de petróleo en las tierras de la comunidad indígena (tal como sucedió en Colombia –Putumayo–; en Ecuador –Lago Agrio–; en Venezuela; etc.), recalcando que, tradicionalmente, se ha resuelto el punto especificando que el subsuelo era propiedad de la Corona española y que, por esa causa, había sido traspasado a los patrimonios estatales de las naciones latinoamericanas, con lo que “se dejó a los indios sin un céntimo, teniendo además que asistir impasibles a la destrucción de su medio ambiente, donde tenían tierras de caza o cultivo” (LUCENA SALMORAL, MANUEL: “Identidad de los pueblos indígenas”, en *La Constitución argentina de nuestro tiempo*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., Rep. Arg., 1996, págs. 261/262).

<sup>8</sup> Ello, por supuesto, sin olvidar la existencia de una normativa genérica antidiscriminatoria. Aludimos a la Ley Nac. N<sup>o</sup> 23.592, del año 1988, que sanciona civil y penalmente los actos y omisiones de ese carácter, reputándose tales aquellos basados en motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

- mediante la Ley Nac. N° 24.071 (B.O. 20/04/92) se aprobó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N° 169), adoptado en Ginebra –en 1989– en la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (y ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000)<sup>9</sup>, por el cual se revisa el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957 (N° 107), aprobado por la Ley Nac. N° 14.932 (B.O. 29/12/59).

Ahora bien, plasmado normativamente en la Ley Fundamental el precepto tuitivo de los derechos indígenas, para que el tratamiento del problema sea completo y coherente (y no meramente gatopardista), es menester que dicho parámetro normológico –axiológicamente reivindicatorio– sea complementado con el respeto por los restantes órdenes que componen la concepción pluralista: el sociológico y el dikelógico. Es que la magnitud normativa de la Constitución escrita debe ser acompañada por la dimensión sociológica, en la que aquélla alcance eficacia (vigencia sociológica), y por la dikelógica (del valor), que debe realizar el valor con signo positivo<sup>10</sup>.

Y si bien la cláusula protectora de los derechos indígenas se encuentra alojada en el sector de atribuciones del Congreso de la Nación, por la consabida y teórica prohibición contenida en la señalada Ley Nac. N° 24.309 (art. 7<sup>11</sup>) de avanzar reformativamente sobre el perímetro y la superficie de la primigenia parte dogmática de la C.N.<sup>12</sup>, no ha dejado de encaramarse como una pauta valorativa que integra el plexo de derechos insoslayables<sup>13</sup> que, a

<sup>9</sup> Permítasenos formular una aclaración: si bien el aludido Convenio fue aprobado por la mencionada Ley Nac. N° 24.071, la administración del ex presidente CARLOS SAÚL MENEM (iniciada en 1989 y concluida en 1999) se negó reiteradamente a efectivizar el depósito en sede internacional del instrumento ratificatorio. Por su parte, el gobierno encabezado por FERNANDO DE LA RÚA (hoy, también ex presidente) formalizó el pertinente depósito en Ginebra en fecha 3 de julio de 2000, tal como se expone en el texto principal de este trabajo.

<sup>10</sup> Ver, para ampliar, BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1995, pág. 30.

<sup>11</sup> El precepto disponía que “la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.

<sup>12</sup> Al respecto, SAGÜES denuncia un *contrabando normativo* del constituyente (SAGÜES, NESTOR PEDRO: *Elementos de derecho constitucional*, T° 2, 2ª ed. actualiz. y ampl., Astrea, Bs. As., Rep. Arg., 1997, pág. 460).

<sup>13</sup> Como refuerzo de nuestro argumento, es útil comprobar que en el Dictamen de la Comisión N° 5 –en cuyo seno se debatió la cláusula indígena– remitido a la Comisión N° 1 (de

su vez, nutren lo que BIDART CAMPOS denomina el derecho constitucional de la libertad y “la expansión de sentido del plexo axiológico en la parte orgánica”<sup>14</sup>.

Por tanto, y sin perjuicio de la localización *geográfica* de la aludida norma, ella entraña un mandato no sólo para los legisladores, sino también (y además de involucrar necesariamente al Poder Ejecutivo) para los jueces, quienes pueden y deben suplir la desidia o renuencia de los restantes Poderes estatales<sup>15</sup>, pues –como *mutatis mutandi* se ha resuelto para salvar alguna omisión inconstitucional del Congreso– “tanto la tarea judicial [a través de las sentencias de los órganos jurisdiccionales] como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas”<sup>16</sup>.

La modificación constitucional implementada en materia de derechos indígenas hace que nuestro país entre en sintonía con protecciones similares que, desde el Derecho Constitucional iberoamericano comparado y más allá de los diversos calibres de cobertura tuitiva de las respectivas disposiciones, brindan, v.gr., las Leyes Fundamentales de: Bolivia (art. 171); Brasil (arts. 231, 232); Colombia (arts. 7; 10; 63; 68; 72; 96.2.ºc; 246; 329 y su párrafo único; 330 y su único párrafo); Ecuador (arts. 1; 24, inc. 10; 62; 83; 84); El Salvador (art. 62); Guatemala (arts. 66 a 70); Honduras (art. 173); México (art. 4); Nicaragua (arts. 5, 121, 181); Panamá (arts. 86, 104); Paraguay (arts. 62 a 67); Perú (arts. 2, inc. 19; 48; 89; 149); y Venezuela (arts. 9; 100; 119 a 126).

---

Redacción), se sugería la inclusión del texto (que cristalizara en el art. 75, inc. 17, de la C.N.), como artículo nuevo del Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Ley Fundamental. Conviene recordar que, modificación constitucional mediante, se acopló a dicha Parte un Capítulo Segundo (titulado ‘Nuevos Derechos y Garantías’) que se extiende entre los arts. 36 a 43.

<sup>14</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tº I-A, nueva ed. ampl. y actualiz. a 1999-2000, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 2000, págs. 358 y ss.

<sup>15</sup> Sobre el tema, ver de BAZÁN, VÍCTOR: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor: *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., Rep. Arg., 1996, págs. 171/269; “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en el volumen múltiple bajo la coordinación de tal autor: *Inconstitucionalidad por omisión*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1997, págs. 41/108.

<sup>16</sup> Considerando 22 del voto mayoritario emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Ekmekdjian c/ Sofovich” (del 7 de julio de 1992). El fallo puede consultarse en *La Ley*, Tº 1992-C, Bs. As., Rep. Arg., págs. 543 y ss.

*Ad intra* Nación argentina, el Derecho Público provincial comparado nos muestra que algunas Constituciones locales (además de cierta normativa infraconstitucional<sup>17</sup>) han consagrado preceptos que, con diferente tenor protectivo, plasman el reconocimiento de los derechos de los indígenas. Así, la de Chaco, en su art. 37, reconoce –*inter alia*– la preexistencia de los pueblos indígenas y su identidad étnica y cultural; el art. 79 de la de Formosa establece, entre otras cosas, que la provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos en la Constitución, y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos; la de Jujuy, en su art. 50, dispone que la provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social; la de Río Negro preceptúa en su art. 42 que el Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial, paralelamente a asegurarle el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, etc.; y la de Salta, a través de su art. 15, prevé –entre otras cuestiones– que la provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio provincial, reconociéndoles y garantizándoles el respeto por su identidad.

### **III. Breve recorrido por algunos precedentes jurisprudenciales vinculados con la problemática en tratamiento**

#### **1. De la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

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

<sup>17</sup> Por ejemplo, las leyes dictadas en las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, Misiones, Río Negro, Salta y Santa Fe.

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

a. "Lorenzo Guari y otros c/ Provincia de Jujuy s/ Reivindicación"

En "Guari"<sup>18</sup>, la C.S.J.N. se pronunció –en un único y coincidente voto<sup>19</sup>– el 9 de setiembre de 1929. En cuanto a lo que aquí interesa, negó "personería jurídica para actuar en juicio" a las "comunidades de indígenas" invocadas en la demanda<sup>20</sup> *porque no son de existencia necesaria ni de existencia posible*, en virtud de los claros preceptos del libro 1º, sección 1ª, título I del (entonces vigente texto) del Código Civil, y su existencia legal anterior a la vigencia de éste debió ser consagrada y acomodada a sus normas fundamentales.

Párrafo aparte merece lo afirmado en el considerando 10 por el Tribunal, en punto a que éste no es indiferente a las invocaciones de los actores en el sentido de la injusticia que –según éstos– agravia a los seculares pobladores indígenas (heroicos defensores de la patria, honestos factores de su progreso): la desposesión de sus tierras, hogares y bienes; mas la Corte *aclara* que no estaba en el radio de sus facultades –marcadas por la C.N.– ponerles remedio, ya que –a diferencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norteamérica–, el Poder Judicial argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad, salvo lo que pudiera entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos.

<sup>18</sup> Fallos, 155:302.

<sup>19</sup> En aquel momento el Tribunal estaba integrado por los ministros BERMEJO, FIGUEROA ALCORTA, REPETTO, GUIDO LAVALLE y SAGARNA.

<sup>20</sup> Los solicitantes decían ser nativos de los pueblos de Cochino y Casabindo de la Provincia de Jujuy, y se presentaron como representantes de vecinos de los pueblos de Abra Pampa, también de Jujuy, y de Rosario de Lerma, de la Provincia de Salta. Plantearon, contra la Provincia de Jujuy, una acción de reivindicación de los territorios de Cochino y Casabindo "y veinte leguas a la redonda de sus pueblos coterráneos"; es decir, un proceso sobre las mismas tierras que determinaron una contienda anterior entre la Provincia de Jujuy, por una parte, y los sucesores de don Fernando Campero, por la otra, sobre reivindicación, fallado el 21 de abril de 1877 a favor de la primera (*vid. Fallos*, 19:29). No obstante ello, tanto dicho pleito cuanto el fallo dictado para dirimirlo, no podían afectar a Lorenzo Guari y los restantes actores merced a que éstos no fueron parte en el proceso, por lo que, al ser *res inter alios acta*, no les resultaba oponible la cosa juzgada.

b. "Abdón López"

En "Abdón López"<sup>21</sup>, por mayoría (compuesta por los ministros ORTIZ BASUALDO, CHUTE, CABRAL y BIDAÚ), y en fecha 21 de julio de 1969, la C.S.J.N. declaró improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz, que revocó la del Juez de Primera Instancia que había hecho lugar al amparo requerido por el actor contra la resolución del Consejo Agrario Provincial que ordenó el desalojo de 3.000 animales lanares de la reserva indígena tehuelche de Camusu-Aike, ubicada en la zona sur del río Santa Cruz. Concretamente, se sostuvo que si la provincia ordenó el desalojo de dichos animales de la citada reserva, por considerarlos excesivos con relación al número de habitantes de la misma y perjudiciales para la debida conservación de la productividad del suelo y, además, porque tales animales eran de propiedad de un tercero no indígena, no estaba en juego la interpretación del (entonces) art. 67, inc. 15, de la C.N. (hoy, art. 75, inc. 17), tratándose –en el caso– de una medida adoptada por la provincia como titular del dominio y en ejercicio del poder de policía, tendiente al razonable y adecuado aprovechamiento de las tierras fiscales y al cumplimiento de una limitación impuesta al otorgarse el permiso para ocuparlas.

En disidencia votó el ministro RISOLÍA, quien se expidió por el acogimiento del recurso extraordinario y la revocación de la sentencia cuestionada. Contrariamente a la decisión mayoritaria, sostuvo que –con arreglo al art. 67, inc. 15, de la C.N.–, lo atinente al trato con el indígena es un poder delegado a la Nación que las Provincias no pueden ejercer en colisión con el Gobierno Nacional. Asimismo, entendió que resultaba violatoria de la garantía de defensa en juicio y debía ser dejada sin efecto la resolución que rechazó el amparo intentado por un aborígen, nativo y residente en una reserva indígena, que ha acreditado ser propietario de hacienda lanar, contra la decisión de la autoridad administrativa provincial, que dispuso –sin resolución previa y notificada– el desalojo de aquella hacienda. No obstante la solución proyectada mediante la disidencia, cabe apreciar que se continuaba resaltando la política subyacente en la Constitución de 1853/60 y las leyes de la República en punto a la necesidad de lograr la plena "integración" del aborígen en la comunidad

---

<sup>21</sup> Fallos, 274:169.

nacional; además, es claro que aún no se percibía la dimensión colectiva de la cuestión indígena, ya que el ministro disidente sostuvo que los aborígenes, una vez incorporados a la vida nacional e individualmente considerados, son para la C.N. personas con todos los derechos civiles y políticos propios de su condición de ciudadanos y habitantes y aun así, *cualquier acción que colectivamente los atienda*, la Constitución determina cuál es el poder que debe tratar con ellos, para conservar con los mismos relación pacífica, *reducirlos a nuestros hábitos y promover su conversión a la fe católica*.

c. "Eulogio Frites y otra c/ Poder Ejecutivo Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto–"

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

La causa fue resuelta el 4 de diciembre de 1995<sup>22</sup>. La mayoría del Tribunal (integrada por los ministros NAZARENO, MOLINÉ O'CONNOR, FAYT, BELLUSCIO, PETRACCHI, LEVENE [H.] y BOSSERT) declaró inadmisibles, en los términos del art. 280<sup>23</sup> del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el recurso extraordinario cuya denegación motivara el recurso de hecho.

<sup>22</sup> Fallos, 318:2513.

<sup>23</sup> Norma que, en la porción que aquí interesa (parte *in fine* del párrafo 1º), faculta a la Corte –según su sana discreción, y con la sola invocación de la norma en cuestión– a rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

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

*d. "Terrabón S.A.C.I.F.I.A. c/ Provincia de Buenos Aires"*

El 15 de julio de 1997, la C.S.J.N. dictó sentencia en la causa "Terrabón"<sup>24</sup> (de competencia originaria del Alto Tribunal) y, en relación con lo que aquí interesa, citó el considerando octavo del precedente de "Guari" (*vid supra*), puntualizando que una "tribu" es una "entidad carente de personalidad jurídica". Así quedó expresado en los considerandos 18 de la mayoría –compuesta por los ministros NAZARENO, MOLINÉ O'CONNOR, BELLUSCIO, PETRACCHI, LÓPEZ y BOSSERT–, también del voto de BOGGIANO, y 21 del voto individual de VÁZQUEZ.

## **2. Un fallo de la justicia provincial de Neuquén utilizado a modo de 'caso testigo'**

Abandonando los precedentes de la Corte Suprema, al solo efecto ilustrativo y para introducirnos en el abordaje de una cuestión que nos parece de gran trascendencia, reseñaremos un caso resuelto –obviamente, en el marco de la justicia provincial– por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén. Aludimos a la causa caratulada: "Puel, Raúl s/ Daño" (Expte. N° 228/98)<sup>25</sup>, fallada –por medio del Acuerdo N° 8/99– el 12 de marzo de 1999.

<sup>24</sup> Fallos, 320:1571.

<sup>25</sup> Para el comentario específico del fallo, ver BAZÁN, VÍCTOR: "Justificación putativa, derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional", *La Ley* [Suplemento de Derecho Constitucional], 18/09/2000, Bs. As., Rep. Arg., págs. 1/11, en esp. págs. 1/6.

### a. La causa

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

En la instancia de mérito fue declarado autor penalmente responsable del delito de daño (art. 183 del Código Penal<sup>26</sup>—en adelante C.P.—), se le impuso la pena de un mes de prisión en forma condicional, el cumplimiento de las reglas de conducta establecidas en los incs. 1° y 3° del art. 27 *-bis- ibid*<sup>27</sup> y se fijaron a su cargo las costas del proceso.

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

### b. Bases de sustentación del criterio absolutorio

A criterio del Tribunal sentenciante, la circunstancia de que el encausado se sintiera “propietario” de los terrenos, merecía del *a quo* un tratamiento más detallado a la luz de las particularidades culturales conformativas de la identidad de aquél, pues si bien las actividades realizadas en tales tierras eran objetivamente lícitas, el juez de grado debió ponderar más profundamente un aspecto de carácter subjetivo cual era el de que el

---

<sup>26</sup> Precepto que dispone: “Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado”.

<sup>27</sup> Es decir, respectivamente, fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; y abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

imputado entendía que las tareas se desarrollaban en una tierra de su propiedad y, no obstante ello, no se había recabado su autorización.

Esta última circunstancia –siempre a juicio del *ad quem*– resultaba configurativa de una causa de justificación putativa, entendiéndola como aquella en la que “el sujeto agente, debido a una estructuración errónea del campo físico en su campo conductual alega que le asistieron [las justificantes] en respaldo de su conducta desajustada”<sup>28</sup>. En síntesis, el fallo absolutorio se cimentó en la creencia que embargaba al encartado en el sentido de que ejercía un legítimo derecho (art. 34, inc. 4º, C.P.) y en la circunstancia de que tal ejercicio se veía viciado por un error no imputable (art. 34, inc. 1º, *ibid*), sustentado en las peculiaridades culturales de aquél, lo que empalmaba con la previsión tuitiva del derecho a la identidad indígena contenida en el art. 75, inc. 17, de la C.N.

Es también interesante la remisión que al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.) efectúa el fallo comentado, al acudir al art. 27 de aquel, que dispone en su parte pertinente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, *a tener su propia vida cultural...*” –énfasis añadido–. Nótese que tal norma acuerda la posibilidad a los individuos de presentar, si se cumplen las condiciones establecidas por el Protocolo Facultativo del P.I.D.C.P. (del que la República Argentina es parte), comunicaciones ante el Comité de Derechos Humanos; asimismo, la implementación del mencionado art. 27 puede verificarse a través del sistema de informes<sup>29</sup>.

El decisorio comentado hizo que la dimensión normológica descendiera al plano fáctico (ámbito sociológico), enlazando el art. 75, inc. 17, con los arts. 31<sup>30</sup> y 75, inc. 22<sup>31</sup>, de la C.N. y, dentro de esta última norma, con el art.

<sup>28</sup> El fallo cita la definición de TOZZINI, CARLOS A.: *Dolo, error y eximentes putativas*, Depalma, Bs. As., Rep. Arg., 1964, pág. 65.

<sup>29</sup> SYMONIDES, JANUSZ: “The United Nations System Standard-Setting Instruments and Programmes Against Discrimination: Introductory Remarks”, *The Struggle Against Discrimination*, UNESCO, 1996, París, Francia, págs. 28/29.

<sup>30</sup> El art. 31 de la C.N. especifica qué instrumentos jurídicos son ley suprema de la Nación: la Constitución, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso Nacional y los tratados con potencias extranjeras. A la normativa suprema de la Nación deben conformarse las

27 del P.I.D.C.P. y la preceptiva aplicable del Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; posteriormente, los conjugó con el art. 34, incs. 4° y 1° del C.P., para ofrecer una solución valiosa desde el plano dielógico.

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

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

Además del respeto por el derecho a la identidad de los indígenas y a la protección de sus particularidades culturales, el fallo se asienta en una circunstancia que no puede ser omitida, cual es la especial relación de ellos –y en particular de los mapuches<sup>32</sup>– con la tierra, problemática que constituye un importante elemento nutriente del precepto constitucional, ya que –al decir

---

autoridades de provincia no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales.

<sup>31</sup> Con cargo de volver sobre el particular, cabe aclarar provisoriamente que por medio del art. 75, inc. 22, de la C.N., se sentó como principio general que los tratados internacionales y los concordatos tienen *jerarquía superior a las leyes*; además, por virtud de la misma norma, se atribuyó *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales se encuentra el P.I.D.C.P.

<sup>32</sup> El pronunciamiento toma en consideración la especial vinculación de los mapuches con la tierra, recordando que 'mapu' es tierra y 'che' significa gente (primera cuestión, subap. II.2°B.c.).

del convencional RODOLFO A. DÍAZ, en su inserción durante el despliegue de la Asamblea Constituyente de 1994-, "el esfuerzo que se hizo en las comisiones (...) fue entender una manera diferente de relación de los pueblos indígenas con la tierra. (...) Y nos quedó muy claro que el tipo de relación del hombre con la tierra en las culturas indígenas no es igual al tipo de relación del hombre y tierra que nos viene de nuestra tradición europea..."<sup>33</sup>.

*c. El fallo ante una hipotética lectura apresurada*

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

Fuera del caso concreto, y mucho antes de la resolución que comentamos, SEGOVIA - SEGOVIA han criticado la cláusula indígena en el texto constitucional, sosteniendo –entre otras cosas y además de afirmar que los allí contenidos son derechos/privilegios–, que resulta violatoria del art. 16 de la C.N.<sup>34</sup>, "porque consagra expresamente 'prerrogativas de sangre y de nacimiento' de las que no goza ningún otro argentino"; se hacen pasar por derechos lo que son privilegios y se maquilla "con el nombre de igualdad lo que es una desigualdad acabada y flagrante"<sup>35</sup>.

Sobre el punto, BIDART CAMPOS replica a tales autores apelando a los derechos a la identidad y a la diferencia como dos aspectos del derecho a la igualdad, pues las diferencias consustanciales al derecho a la identidad, impiden tratar a los diferentes de modo totalmente igual a los demás<sup>36</sup>; a partir

<sup>33</sup> Ver transcripción en BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tº VI ["La reforma constitucional de 1994"], Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1995, pág. 639.

<sup>34</sup> Que dispone –entre otros puntos– que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; que no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza; y que todos sus habitantes son iguales ante la ley.

<sup>35</sup> SEGOVIA, GONZALO y SEGOVIA, JUAN FERNANDO: "La protección de los indígenas", en el volumen múltiple: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Tº I, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, distr. Depalma, Mendoza, Rep. Arg., 1995, págs. 340/342.

<sup>36</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1996, pág. 169.

de allí, agrega que el hecho de ser indígenas supone que “necesitan disponer de sus derechos en la particular situación de su inserción concreta en una comunidad específicamente diferente, y que en todo lo que esa situación tiene de desigual con la del resto de la sociedad deben ser tratados también de manera distinta precisamente para que la igualdad real de oportunidades sea efectiva”, lo que no implica privilegiar la sangre, el nacimiento ni el origen étnico o racial, sino aplicar la regla de que a quienes se encuentran en circunstancias distintas no se los ha de nivelar igualitariamente porque, si así fuera, en vez de igualdad se impondría la desigualdad<sup>37</sup>. Añade –en argumento que compartimos y del que nos valemos para dejar sentado que no compartiríamos la eventual tacha de arbitrariedad del fallo comentado<sup>38</sup>– que la consecución de la igualdad demanda en muchos casos una serie de medidas y acciones que se encapsulan en la llamada discriminación inversa o indirecta<sup>39</sup>. Por último, puntualiza el maestro que, asumiendo la cuestión a partir del respeto por el pluralismo, las normas que garantizan el derecho a la identidad y a la diferencia no equivalen a privilegio<sup>40</sup>.

La polémica no deja de ser interesante, mas –como anunciábamos– no compartiríamos la crítica acerca de una presunta arbitrariedad de la sentencia, ya que no vemos quebrada la garantía de igualdad, sino una interpretación y aplicación equilibradas del espectro normativo vigente a las exigencias y peculiaridades fácticas del caso. Con cargo de volver sobre tal ámbito temático, sólo permitasenos decir –con ZAGREBELSKY– que, de acuerdo con la concepción práctica del derecho, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento, lo que pone de relieve el carácter “bipolar” de la interpretación; a partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a aquél, en un procedimiento circular (el denominado “círculo interpretativo”), que concluye cuando se componen satisfactoriamente las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas. Por lo demás, advierte el citado constitucionalista italiano que

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 171.

<sup>38</sup> Reforma constitucional de 1994 mediante, vemos en ello un reflejo más de la mutación del techo ideológico de la Constitución, la nueva dimensión de la igualdad y la complementación del art. 16 de la C.N. (que estatuye la igualdad *formal*) con otros preceptos que apuntan al logro de la igualdad *real* o *jurídica* (arts. 37 y 75, incs. 19 y 23, *ibid*). Ver, sobre el punto, BAZÁN, VÍCTOR: “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en el libro colectivo coordinado por BIDART CAMPOS, GERMAN J.: *Economía, Constitución y derechos sociales*, Ediar, Bs. As., Rep. Arg., 1997, págs. 124/130.

<sup>39</sup> BIDART CAMPOS, GERMAN J.; *op. cit.* (*El derecho constitucional...*), pág. 172.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 173.

“un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que éstas dirigen su fuerza normativa, serían obras extravagantes de ‘juristas puros’<sup>41</sup>.”

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

Ello, en mesurado contrapunto para evitar que, de un lado, se lesionen –soslayándolas– las pautas culturales de los aborígenes y la voluntaria sujeción de éstos a sus preceptos consuetudinarios y, paralelamente y por el otro, que quede erosionada la potestad estatal permitiendo burlar el deber represivo frente a la comisión de una conducta delictiva, al tiempo de erigir a modo de límite que aquella sumisión normativa de los indígenas se desenvuelva sin atentar contra los derechos y las pautas fundamentales deparados constitucionalmente<sup>42</sup>.

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

#### **IV. Persecución penal por el Estado, diversidad cultural y Derecho consuetudinario indígena**

En la práctica, una forma útil de procurar integrar a las comunidades<sup>43</sup> indígenas radicaría en interpretar la conducta antijurídica de un aborígen

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, España, 1999, págs. 133/134.

<sup>42</sup> Tal como lo preveía uno de los numerosos proyectos presentados a consideración de la Convención Constituyente de 1994, concretamente, el de BIBIANA BABBINI, MARIO A. OLMEDO y NILDA A. GÓMEZ DE MARELLI, que apuntaba a permitir que los indígenas apliquen “libremente sus sistemas de organización política, cultural, social, económica y religiosa, y la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución” (*Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Tº II, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia, La Ley, Bs. As., Rep. Arg., 1995, pág. 1141).

<sup>43</sup> Se ha explicado que el uso que en el texto constitucional se hace de las palabras ‘comunidad’ y ‘comunitario’, no se refiere meramente a los asentamientos físicos, sino a las unidades

imputado, a la luz de la pauta cultural propia de su pueblo<sup>44</sup>. Sería un buen comienzo para plasmar lo que, en mayor proporción y según BIDART CAMPOS, constituye la necesidad de *integrarlos con sus diferencias*, esto es, hacerlos parte del resto de la sociedad sin que ello implique reclamarles la renuncia o abdicación de su estilo, sus diferencias, su idiosincrasia y su cultura<sup>45</sup>. De tal modo, podría cumplirse el propósito que –al decir de ROSATTI– busca perfilar el art. 75, inc. 17, de la C.N., esto es, “congeniar la identidad sociocultural del aborígen dentro de un contexto jurídico-político de mayor escala”<sup>46</sup> y superar la vetusta, y no menos injusta, política del asimilacionismo.

El introito nos conduce hacia una cuestión problemática y de vasto alcance: el conflictivo tema de la relación entre el Derecho positivo del Estado y el Derecho consuetudinario indígena; los puntos de fricción y de coexistencia de éste con los mandatos normativos emanados de los poderes constituidos de la sociedad nacional; la suerte de ambivalencia vivencial que presentan ciertas conductas, al ser tipificadas como delito para el Derecho estatal, no siéndolo en la concepción de la comunidad indígena<sup>47</sup> o, por el contrario,

---

sociopolíticas locales en las que se articulan las sociedades indígenas y los aspectos económicos de las mismas (cfr. ALTABE, RICARDO; BRAUNSTEIN, JOSÉ y GONZÁLEZ, JORGE A.: “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional”, *El Derecho*, Tº 164, Bs. As., Rep. Arg., pág. 1200).

<sup>44</sup> En la Provincia de Neuquén (Rep. Argentina) se redactó un anteproyecto de Código Procesal Penal cuyo art. 40 preveía que, cuando los delitos afectasen bienes jurídicos de la comunidad indígena o bienes personales de algunos de sus miembros, el conflicto sería resuelto de acuerdo con el propio Derecho consuetudinario en la medida en que tanto el imputado cuanto la víctima (o sus familiares) así lo aceptaran; como consecuencia de ello, se podía declarar judicialmente la extinción de la acción penal, excluyéndose los casos de los delitos de homicidio doloso y los agravados por el resultado muerte (ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: “Derecho Penal y Derecho Consuetudinario indígena”, *La Ley*, 12 de junio de 2000, Bs. As., Rep. Arg., págs. 1/2).

Ejemplificativamente, y denotando un sesgo protectorio afin, es interesante compulsar los arts. 15 y 20, inc. 1º, del Código Penal peruano (ver, sobre el punto, HURTADO POZO, JOSÉ: “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 49, diciembre de 1995, Lima, Perú, págs. 162 y ss.).

<sup>45</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *op. cit.* [Tratado elemental...], Tº VI, págs. 373 y 372.

<sup>46</sup> ROSATTI, HORACIO D.: “Status constitucional de los pueblos indígenas”, en *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Rep. Arg., 1994, pág. 199.

<sup>47</sup> STAVENHAGEN ejemplifica la hipótesis aludiendo a la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes que, siendo generalmente reprimida en los órdenes nacionales e internacional, “para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales”, como es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México

infracciones que devienen censurables para ésta, que no son igualmente calificadas por la legislación penal estatal<sup>48</sup>; la omisión de las autoridades estatales de reprimir alguna conducta delictual de un indígena y la determinación de asumir el reproche y castigo por parte de la comunidad aborígen a la que aquél pertenece<sup>49</sup>; el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las comunidades nativas, haciendo aplicación de sus respectivos Derechos consuetudinarios, con el límite de no violar la Constitución estatal y el insoslayable respeto por los derechos humanos fundamentales; el eventual desconocimiento de la normativa criminal del Estado por parte de los aborígenes; etc.

Cierto es que, en lo tocante a la última de las circunstancias reseñadas, el desconocimiento o la ignorancia de la ley no eximen de la obligación de cumplirla, pero –como afirma STAVENHAGEN– “la aplicación rígida de esta máxima conduce con frecuencia a grandes injusticias. De allí que quienes se preocupan más por la justicia que por la aplicación rígida de las leyes, reconocen la necesidad de dar flexibilidad a su aplicación”<sup>50</sup>.

No se trata de desconocer el *ius puniendi* en cabeza del Estado; antes bien, el problema circula por la necesidad de aplicar *funcionalmente*<sup>51</sup> dicha

(STAVENHAGEN, RODOLFO: “Introducción al derecho indígena”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año VI, N° 17, mayo-agosto de 1991, UNAM, México, D.F., pág. 314).

<sup>48</sup> El autor citado en la nota anterior alude a la problemática de la brujería, admitida y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito (ni siquiera su existencia admitida) en las legislaciones nacionales (*idem*).

<sup>49</sup> Un despacho periodístico –de la agencia Infosic– daba cuenta de que los aborígenes de una comunidad guaraní de Alto Paraná condenarían a 30 días de arresto y azotes a su propio cacique, al acusarlo de asistir a un delincuente que estaba prófugo y negarse a colaborar con la Policía. Se dijo que se lo sometería a un consejo de caciques que le aplicaría “los castigos del caso” (*Diario de Cuyo*, 11 de marzo de 2000, San Juan, Rep. Arg., pág. 21).

<sup>50</sup> STAVENHAGEN, RODOLFO; *op. cit.*, pág. 311.

<sup>51</sup> Empleamos tal adverbio no en el sentido de la teoría funcionalista del Derecho Penal orientado a los fines, impulsando la ‘renormativización’ de los conceptos jurídico-penales (CREUS, CARLOS: “¿Garantismo vs. Funcionalismo?”, en *Nueva doctrina penal*, 1997-B, Editores del Puerto, Bs. As., Rep. Arg., pág. 610) o refiriéndose a la incorporación de los intereses políticos a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y su ejecución (PARMA, CARLOS: *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Rep. Arg., 1997, pág. 159, nota 99), sino que lo hacemos para connotar la idea de una interpretación *funcional* (discúlpenos la tautología) que apunte hacia el desenvolvimiento y el desarrollo de la Constitución, debiendo cumplir –al decir de SAGÓES– ciertas pautas básicas: interpretación práctica (hermenéutica para la aplicación, o sea, destinada a la acción); interpretación creativa (el juez constitucional inevitablemente tendrá que ejercer un papel innovador o creativo, al esclarecer, desenvolver, compatibilizar, integrar

potestad, tomando en consideración las particularidades idiosincrásicas y culturales de las comunidades indígenas.

Es que el denominado 'paradigma del consenso' puede refutarse –según GARCÍA VITOR, quien se apoya en BARATTA<sup>52</sup>– a partir de una indagación sociológica que demuestra que en el marco de una sociedad moderna, concordantemente con su estructura pluralista y conflictiva, conviven junto a los valores y reglas sociales comunes algunos específicos de grupos diversos o antagónicos, lo que implica que los valores y reglas seleccionados por el Derecho Penal no son, en consecuencia, aceptados unánimemente por la sociedad, sino sólo por el o los grupos de mayor peso, situación que demuestra la consecuente relatividad de los valores tutelados por los preceptos penales.

Se corporiza la necesidad de empalmar –sin disturbio institucional, o con la menor dosis posible de éste– el Derecho consuetudinario indígena con la normatividad positiva del Estado, pues aquél se encuentra vinculado a otros e importantes elementos de la cultura y de la identidad étnica aborigen: la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia<sup>53</sup>. Es lo que sucedió, por ejemplo, con la desincriminación del coqueo o masticación, plasmada en el art. 15 de la Ley Nac. N° 23.737, que reza: “La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes”.

## V. Derechos indígenas y responsabilidad internacional del Estado

Nos parece evidente que la omisión de respetar los derechos y la identidad de los indígenas, más allá de entrañar una violación a la norma

---

y hasta adaptar a la Constitución); interpretación previsor (verificar las consecuencias o medir los resultados de su producto interpretativo ya en la dimensión existencial); e interpretación política (como 'política arquitectónica', al definir y redefinir a la Constitución-instrumento de gobierno, al efectivizarla, al graduar y delimitar las competencias del Estado y armonizarlas con las de los particulares) [SAGÜES, NÉSTOR PEDRO: *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Bs. As., Rep. Arg., 1998, págs. 34/43].

<sup>52</sup> GARCÍA VITOR, ENRIQUE: *Diversidad Cultural y Derecho Penal*. Colección Jurídica y Social, N° 36, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Rep. Arg., 1994, pág. 10. A su vez, tal autor cita a BARATTA, ALESSANDRO: *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, Siglo XXI, págs. 71 y ss.

<sup>53</sup> STAVENHAGEN, RODOLFO; *op. cit.*, pág. 310.

de Derecho interno –Constitucional–, es susceptible de generar responsabilidad internacional, circunstancia que se agrava en el caso de la República Argentina, en la que –como anticipábamos (ver nota 31)–, por vía de la multicitada reforma de 1994 (concretamente en el art. 75, inc. 22, y luego de sentar como principio general que los tratados internacionales y concordatos tienen alcurnia supralegal), se ha atribuido *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>54</sup>, los que –si bien no se han incorporado a la Constitución– valen tanto como ésta, es decir, integran el bloque de constitucionalidad. Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A ellos se ha añadido la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha adjudicado valor constitucional por medio de la Ley N.º 24.820 (B.O. 29/05/97).

Por tal razón, esbozaremos a continuación ciertas directrices que ofrecen alguna importancia con referencia a la cuestión bajo análisis:

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>55</sup> acude, para fundar sus informes, al P.I.D.C.P., en los supuestos en que está en juego la

<sup>54</sup> Además, y como principio general, se ha establecido la prevalencia de los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, sobre las leyes internas.

<sup>55</sup> Sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas y las recomendaciones emitidas, respectivamente, por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, ver BAZÁN, VÍCTOR: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en el libro colectivo coordinado por BIDART CAMPOS, GERMÁN J. y PIZZOLO [H.], CALÓGERO: *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Tº I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Rep. Arg., 2000, págs. 91/165; también, del mismo autor, "Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos con particular énfasis en el efecto de aquellas respecto de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Chile, 2000, págs. 171/225.

preservación de la identidad cultural de los grupos étnicos, como son por ejemplo, las comunidades aborígenes<sup>56</sup>.

Así, y en el Informe Anual 1984/85 contra Brasil, Res. 12/85, Caso 7.615, págs. 31 y 32, sostuvo que “el derecho internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, *de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural*”<sup>57</sup>; añadiendo que “la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados”, además de que la propia “Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, *la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos...*”<sup>58</sup>—en todos los casos, el remarcado nos corresponde—. La Comisión concluyó que Brasil<sup>59</sup> incurrió en responsabilidad por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami<sup>60</sup>.

**2.** Asimismo, no deja de ser interesante reseñar algunos aspectos de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Aloeboetoe y otros” (contra la República de Suriname), sentencia sobre “Reparaciones” de 10 de setiembre de 1993<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. FAPPIANO, OSCAR y LOAIZA TAMAYO, CAROLINA: *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -1971 a 1995-*, Ábaco, Bs. As., Rep. Arg., 1999, pág. 162.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> La Constitución de ese país consagra —al menos desde la letra— una de las soluciones normativas más avanzadas en materia de derechos indígenas, reconociéndoles con carácter permanente derechos originarios que les son inherentes por la condición que ostentan de ocupantes históricos iniciales y permanentes de sus tierras. Ver, al respecto, los artículos constitucionales 231 y 232; además, y como garantía añadida, la inaplicación a las tierras indígenas de lo establecido en el art. 174, incs. 3° y 4°, en cuanto al favorecimiento estatal de la actividad garimpeira, es decir, la prospección y extracción de oro y metales preciosos en escala menor —tal protección está contenida en el inc. 7° del aludido art. 231—.

<sup>60</sup> Habitan en torno del Orinoco en los actuales territorios de Venezuela y Brasil, estimándose en este último país en unas 10.000 personas aglutinadas en 150 comunidades. Ocupan un área indígena de 9.4 millones de hectáreas de bosque tropical en Brasil (cfr. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, OEA/Ser.L/V/II.97, Washington, D.C., EE.UU., 1997, pág. 109).

<sup>61</sup> Corresponde evocar que, como Suriname había reconocido la responsabilidad por los hechos articulados por la Comisión Interamericana en su memoria, la Corte —en la sentencia de

Sucintamente, cabe recordar que los hechos materia de la denuncia sucedieron el 31 de diciembre de 1987 en Atjoni y Tjongalangapassi. En Atjoni, más de 20 cimarrones (maroons / bushnegroes) varones inermes fueron atacados, vejados y golpeados con las culatas de sus armas por un grupo de militares y algunos de ellos heridos con bayonetas y cuchillos y detenidos bajo la sospecha de ser miembros del grupo subversivo Comando de la Selva. Siete de las víctimas fueron arrastradas con los ojos vendados al interior de un vehículo militar, en el que fueron conducidas por Tjongalangapassi rumbo a Paramaribo, mas a la altura del kilómetro 30 el vehículo se detuvo, se ordenó a los cimarrones salir de él y comenzar a cavar (sus propias fosas). Seis de ellos fueron asesinados y el restante fue herido al tratar de escapar, falleciendo el 6 de enero de 1988.

En primer lugar, la Corte aclaró que la disposición aplicable a las reparaciones es el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes. Por tanto, la obligación contenida en aquel precepto es de derecho internacional, razón por la cual la sentencia que dictaba impondría obligaciones de derecho internacional que no podían ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando, para ello, disposiciones de su derecho interno.

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

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

El Tribunal concluyó –entre otras razones– que, como el Estado había reconocido la existencia de un derecho consuetudinario saramaca y en tanto

---

4 de diciembre de 1991– expresó que había cesado la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen a dicho caso. Sin embargo, subsistían discrepancias en torno de las reparaciones y el alcance de las mismas.

las leyes estatales relativas al derecho de familia no se aplicaban a dicha tribu, correspondía tener en cuenta para determinar los sucesores de las víctimas, a la *costumbre saramaca en la medida en que no fuera contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos*.

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

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

**3.** Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al examinar el segundo informe periódico de la Argentina (E/1990/6/Add. 16) en sus sesiones 33<sup>a</sup>, 34<sup>a</sup>, 35<sup>a</sup> y 36<sup>a</sup>, celebradas entre el 17 y el 19 de noviembre de 1999, aprobó el 1 de diciembre de ese año las observaciones finales<sup>62</sup>, entre las que se cuenta –como aspecto positivo– que “[e]l Comité toma nota con satisfacción del art. 75 de la Constitución de 1994 que dispone la restitución a los pueblos indígenas de algunas de sus tierras tradicionales. También celebra la restitución de grandes extensiones de esas tierras”. Ya como muestra de “preocupación”, el Comité señala que le inquietan las seis comunidades mapuches que, pese a que han conseguido que se reconozcan sus derechos a algunas de sus tierras tradicionales en la zona de Pulmari, aún no han recibido los títulos de propiedad. También le inquieta la situación del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la O.I.T., cuya ratificación el Congreso Nacional aprobara sin que se hubiera procedido a ella, por lo que “recomienda” su ratificación<sup>63</sup>, la que se cumplió –como se anunciara– en julio de 2000.

<sup>62</sup> Cfr. *Investigaciones*, Año III, 1999, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bs. As., Rep. Arg., págs. 758/760.

<sup>63</sup> La ratificación de dicho Convenio de la O.I.T. se convirtió desde tiempo atrás en objeto sostenido de lucha por parte de los pueblos indios. Así, ejemplificativamente, puede leerse en la Declaración emitida con motivo del ‘Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios’

4. Desde otro perfil, y para concluir este acápite, no queríamos dejar de advertir que, dentro del plexo de instrumentos internacionales a los que se ha inoculado valencia constitucional en nuestro país por la reforma de 1994, merecen también ser computados –en el contexto temático sobre el que gira este trabajo– ejemplificativamente, los arts. 1.4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>64</sup>, como directrices a ser observadas por las autoridades estatales (magistrados jurisdiccionales incluidos) cuando se ventilen asuntos atinentes al alcance y cobertura tuitivos de los derechos indígenas.

## VI. Consideraciones finales

Para finalizar este trabajo, y como síntesis conclusiva de las líneas precedentes, ponemos a consideración las siguientes apreciaciones:

1. El art. 75, inc. 17, de la Constitución argentina –texto según la reforma de 1994– constituye un avance en cuanto al establecimiento normológico de ciertas pautas fundamentales referidas a los derechos de los pueblos indígenas. Dicha magnitud normativa de la Constitución escrita debe ser acompañada por la dimensión sociológica, en la que aquella alcance eficacia, y por la dikelógica o axiológica, que debe realizar el valor con signo positivo.

2. La modificación constitucional implementada en materia de derechos indígenas hace que nuestro país entre en sintonía con protecciones normativas similares que, desde el Derecho Constitucional iberoamericano comparado, se han elaborado en torno del tema.

---

(desarrollado en Quito, Ecuador, del 17 al 21 de julio de 1990), particularmente en el ítem VII: 'Legislación indígena', que: "Debemos presionar por la ratificación en los Estados nacionales del Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado por la O.I.T., que contempla la denominación de pueblos en vez de poblaciones, el reconocimiento a nuestros derechos a las tierras y territorios, al derecho a educarnos mediante la modalidad bilingüe intercultural, respeto a nuestra cosmovisión, etcétera" (ORDÓÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO R.: *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1993, pág. 156).

<sup>64</sup> Sin olvidar, claro está, otros importantes instrumentos internacionales tuitivos del ser humano, v.gr., la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (UNESCO, 27 de noviembre de 1978), en cuyo art. 2 puede leerse que "todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales..."; la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992 (Resolución N° 47/135).

3. Sin perjuicio de la localización *geográfica* de la aludida norma (dentro del plexo de atribuciones del Congreso de la Nación), ella entraña un mandato no sólo para los legisladores, sino también (y además de involucrar necesariamente al Poder Ejecutivo) para los jueces, quienes pueden y deben suplir la desidia o renuencia de los restantes Poderes estatales en la trascendente misión de hacer cumplir la preceptiva constitucional. Hasta el momento, son escasos y, ciertamente, no muy alentadores, los pronunciamientos del máximo tribunal federal argentino sobre la 'cuestión indígena'.

4. La omisión de respetar los derechos y la identidad de los indígenas, más allá de entrañar una violación a la norma de Derecho interno –Constitucional–, es susceptible de generar responsabilidad internacional, circunstancia que se potencia si se tiene en cuenta que en nuestra Constitución formal, como principio general, se ha establecido la prevalencia, sobre las leyes internas, de los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, y, paralelamente, se ha dotado de jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, y en particular, no cabe soslayar la reciente ratificación en sede internacional del Convenio N° 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que ostenta jerarquía suprallegal.

5. Se impone la necesidad de conjugar el Derecho consuetudinario indígena con la normatividad positiva del Estado, pues aquél se encuentra vinculado a otros e importantes elementos de la cultura y de la identidad étnica aborigen. No se trata de renegar del *ius puniendi* en cabeza del Estado; antes bien, el problema circula por la necesidad de aplicar *funcionalmente* dicha potestad, tomando en consideración las particularidades idiosincrásicas y culturales de las comunidades indígenas, tal como se concretara en el caso "Puel" resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén.

En orden a propiciar una equilibrada interacción de las variables citadas, será dable exigir una comprometida actitud de mesura jurisdiccional para cohonestar los valores en juego: por una parte, los derechos indígenas, que exigen resguardo a partir del texto constitucional; y, por la otra, la necesidad –y el deber– de aplicar el *ius puniendi* que titulariza el Estado. Ello, en mesurado contrapunto para evitar que, de un lado, se lesionen –soslayándolas– las pautas culturales de los aborígenes y la voluntaria sujeción de éstos

a sus preceptos consuetudinarios y, paralelamente y por el otro, que quede erosionada la potestad estatal permitiendo burlar el deber represivo frente a la comisión de una conducta delictiva, al tiempo de erigir a modo de límite que aquella sumisión normativa de los indígenas se desenvuelva sin atentar contra los derechos y las pautas fundamentales deparados constitucionalmente.

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

6. Se ha enseñado que en la actualidad sobreviven en nuestro territorio argentino, las siguientes comunidades: los *mapuches*, en Neuquén, Río Negro y Chubut; los *wichís*, en Salta, Formosa y Jujuy; los *chulupi*, en Formosa; los *chorotes*, en Formosa, Chaco y Salta; los *mocoví*, en Santa Fe y Chaco; los *tobas*, en Salta, Formosa y Chaco; los *pilagá*, en Formosa; los *chiriguano*, en Salta y Jujuy; los *chanés*, en Salta; los *caingúa*, en Misiones; los *collas*, en la Puna y el Altiplano de Salta y Jujuy; los *diaguitas-calchaquíes*, en los Valles Calchaquíes; los *tehuelches*, en Chubut y Santa Cruz; y otros pequeños grupos supervivientes<sup>65</sup>.

Por ello (y por ellos) el Estado argentino no deberá olvidar, como con claridad lo subrayó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>66</sup>. Ni más ni menos que operativizar la trilogía de dimensiones: normológica, sociológica y dikelógica o axiológica.

<sup>65</sup> *Situación de los indios en la República Argentina*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, julio de 1986, Bs. As., Rep. Arg., pág. 11; aludido por ROSATI, HORACIO D., *op. cit.*, pág. 195.

<sup>66</sup> Caso “Godínez Cruz”, sentencia del 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie ‘C’: *Resoluciones y Sentencias*, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, párrafo 176, pág. 72.

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

Esperemos que así sea, para que la problemática aborigen no sólo se recuerde figurativamente el 19 de abril o el 10 de diciembre de cada año, en oportunidad de conmemorarse, respectivamente, el ‘día del indígena americano’ o el recientemente instituido ‘día de los derechos humanos’<sup>67</sup>. La importancia de la cuestión exige mucho más que una evocación alegórica. Por lo demás, es obvio que *nada se soluciona sólo con normas*, las que –*per se*– carecen de efectos taumatúrgicos.

---

<sup>67</sup> La Ley N.º 25.502 (sancionada el 07/11/2001, promulgada de hecho el 29/11/2001 y publicada el 05/12/2001), instituyó –por medio de su art. 1– el 10 de diciembre como ‘día de los derechos humanos’, en conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.