

**UNIVERSALIDAD,  
MULTICULTURALISMO  
Y DERECHOS DE LOS  
PUEBLOS ORIGINARIOS.  
UNA APROXIMACIÓN DESDE  
EL CASO ARGENTINO\***

**UNIVERSALITY, MULTICULTURALISM,  
AND INDIGENOUS PEOPLE RIGHTS.  
AN APPROACH FROM THE ARGENTINE CASE**

**JUAN CIANCIARDO**

Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho,  
Universidad Austral, Argentina  
jcianciardo@austral.edu.ar



\* El presente artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación "Universalidad de derechos y multiculturalismo", en el marco del plan de trabajo que le fuera aprobado al autor por el Conicet (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina) para el periodo 2007-2008. El autor agradece las valiosas observaciones que la profesora Pilar Zambrano (Universidad Austral-Conicet) realizó a una primera versión de este trabajo.

---

RECIBIDO MAYO 4 DE 2009, ACEPTADO SEPTIEMBRE 9 DE 2009

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se pretende lo siguiente: a) poner de manifiesto la evolución que ha experimentado el reconocimiento de los derechos de los indígenas en un país americano concreto, Argentina; b) señalar algunos de los problemas que dicho reconocimiento ha provocado en ese país, junto con apuntes que, quizá, contribuyan a su solución. La mirada se concentrará, en el derecho de propiedad y en el llamado “derecho al propio Derecho”. A partir de allí, se sugiere la necesidad de estudiar más a fondo los posibles puntos de contacto entre el debate universalidad-multiculturalismo que se ha dado en Europa y el que se desarrolla en Iberoamérica con relación a los derechos de los indígenas.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos humanos, multiculturalismo, universalidad, derechos de los pueblos originarios, “derecho al propio derecho”.

## **ABSTRACT**

In this paper, the objectives are the following: a) to show the evolution on the recognition of rights for indigenous people in a specific American country: Argentina; b) to point out some of the problems which have risen from that recognition, as well as some notes that may contribute to solve them. The main focus will be on right of property and on the so called "right to the own Right". Then we suggest the need of studying in depth the possible convergence point at the universality-multiculturalism debate, which has taken place in Europe and has been developed in Latin America in relation with indigenous rights.

### **KEY WORDS**

Human rights, multiculturalism, universality, rights of indigenous people, right to the own Right.

SUMARIO: 1. ASEGURAR LA IGUALDAD, PROMOVER LA DIFERENCIA Y LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS; 2. LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN UN EJEMPLO DEL DERECHO COMPARADO; 2.1. PRIMERA ETAPA: EL RECHAZO. LA ASIMILACIÓN O EL EXTERMINIO; 2.2. SEGUNDA ETAPA: LA TOLERANCIA ASIMILACIONISTA; 2.3. TERCERA ETAPA: EL RECONOCIMIENTO; 3. LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA; 3.1. EL DERECHO DE PROPIEDAD; 3.2. EL DESAFÍO DEL “DERECHO AL PROPIO DERECHO”; BIBLIOGRAFÍA.

## 1. ASEGURAR LA IGUALDAD, PROMOVER LA DIFERENCIA Y LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS

Hispanoamérica ha sido el lugar en el que se desarrolló uno de los encuentros culturales más relevantes de la historia. La cultura europea –en su mayoría española y portuguesa– se topó al llegar a América con un conjunto de culturas ya existentes en el lugar, que tenían un desarrollo dispar, a las que de modo genérico puede denominarse “culturas indígenas”<sup>1</sup>. El encuentro fue a la vez trágico y fructífero. Fue trágico en lo que tuvo de choque, porque se cometieron gravísimas violaciones de derechos humanos. Pero también fue fructífero, porque no sólo hubo un choque, sino que, de modo paralelo, se desarrolló un encuentro intercultural del que surgió una identidad nueva, enriquecida con los aportes de las distintas identidades que se fundieron entre sí.

En mi opinión, el debate entre multiculturalismo y universalismo de derechos que se produce actualmente en Europa, y el movimiento hacia un reconocimiento pleno de los derechos de los indígenas que se ha verificado en los últimos años en Hispanoamérica son procesos que tienen un cierto paralelismo, y la profundización en el análisis de esos vínculos puede redundar en un enriquecimiento mutuo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Qué significa “indígena” es un asunto no exento de dificultades. El Convenio 169 de la OIT señala en su primer artículo: “1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. 3. La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Cfr. Miguel Carbonell Sánchez, “La constitución de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 108 (2003), pp. 840-861, p. 842-846; y, desde una perspectiva más amplia, Yolanda Sobero Martínez, *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*. Tesis doctoral dirigida por Rafael Calduch Cervera, Universidad Complutense de Madrid, 1998, pp. 4-82 y 307-309.

<sup>2</sup> La asociación entre uno y otro proceso ha sido reconocida, al menos de modo implícito, en diversos trabajos de relevancia. Cfr., por ejemplo, Jack CITRIN, David SEARS, Christopher MUSTE, Cara WONG, “Multiculturalism in American Public Opinion”, *British Journal of Political Science*, Vol. 31, No. 2 (Apr., 2001), pp. 247-275; Martin E. SPENCER, “Multiculturalism, ‘Political Correctness’, and the Politics of Identity Multiculturalism”, *Sociological Forum*, Vol. 9, No. 4, *Special Issue: Multiculturalism and Diversity* (Dec., 1994), pp. 547-567; Jane K. COWAN, “Culture and Rights after ‘Culture and Rights’”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 108, No. 1 (Mar., 2006), pp. 9-24; Charles R. HALE, “Activist Research v. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of

En el presente trabajo se intentará, entre otras cosas, poner a prueba la tesis anterior. De allí que convenga –aunque no sea indispensable– leerlo junto con otros trabajos que he tenido la oportunidad de escribir sobre el debate mencionado en primer término<sup>3</sup>. Además de lo dicho, en este artículo se pretenden dos cosas: en primer lugar, poner de manifiesto la evolución que ha experimentado el reconocimiento de los derechos de los indígenas en un país americano concreto, Argentina (§2); en segundo término, señalar algunos de los problemas que dicho reconocimiento ha provocado en ese país, junto con apuntes que, quizá, contribuyan a su solución (§3)<sup>4</sup>. La selección del sistema argentino ofrece como ventaja el hecho de que las sentencias son escasas, y por eso es relativamente sencillo alcanzar una mirada global. No se debe perder de vista, no obstante, que sólo algunos aspectos de la problemática argentina son trasladables a la que se vive respecto de estos temas en otros países de la región, si bien hay razones para pensar que se trata de los aspectos centrales.

## 2. LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN UN EJEMPLO DEL DERECHO COMPARADO

Argentina ha pasado de la negación normativa, doctrinal y jurisprudencial de los derechos de los indígenas a su progresiva recepción. Pueden distinguirse, en ese proceso, una serie de etapas más o menos nítidas, para cuyo análisis seguiré de cerca, según convenga al objeto planteado, un trabajo del profesor Juan TRAVIESO<sup>5</sup>.

### 2.1. Primera etapa: el rechazo. La asimilación o el exterminio

La primera etapa tiene su expresión más importante en la primera redacción de la Constitución argentina (el modelo 1853/60). Entre las atribuciones del Congreso se establecía: “Art. 67, inc. 15. Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

---

Politically Engaged Anthropology”, *Cultural Anthropology*, Vol. 21, No. 1 (Feb., 2006), pp. 96-120; Jan HOFFMAN FRENCH, “Mestizaje and Law Making in Indigenous Identity Formation in Northeastern Brazil: After the Conflict Came the History”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 106, No. 4 (Dec., 2004), pp. 663-674; Dorothy L. HODGSON, “Precarious Alliances: The Cultural Politics and Structural Predicaments of the Indigenous Rights Movement in Tanzania”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 104, No. 4 (Dec., 2002), pp. 1086-1097.

Este tema se enfoca de modo directo, con algunas conclusiones no totalmente coincidentes con lo que se dirá en este trabajo, en Peter WHITELEY, “Do ‘Language Rights’ Serve Indigenous Interests? Some Hopi and Other Queries”, *American Anthropologist*, New Series, Vol. 105, No. 4, *Special Issue: Language Politics and Practices* (Dec., 2003), pp. 712-722.

<sup>3</sup> Cfr., en especial, Juan CIANCARDI, “Para siempre, para todos. Los desafíos de la universalidad a sesenta años de 1948”, *Persona y Derecho* 59 (2008), pp. 19-55.

<sup>4</sup> Miguel CARBONELL alerta, a mi juicio con acierto, sobre la necesidad de una profundización de los estudios jurídicos que se dediquen a este tema. Cfr. Miguel CARBONELL SANCHEZ, “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 108 (2003), pp. 840-861, pp. 841-842.

<sup>5</sup> Algunos agregados y correcciones serán indispensables teniendo en cuenta que se trata de un artículo publicado en 1996. Cfr. Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, *Jurisprudencia Argentina* 1996-III-1031.

La redacción que finalmente se aprobó fue la propuesta por el convencional Gorostiaga, y dio lugar a debate, puesto que se discutió la consistencia de las distintas partes del artículo. En el contexto que rodeó al dictado de la norma transcrita, podía no parecer sencillo de manera simultánea proveer a la seguridad de las fronteras y a la vez “conservar el trato pacífico con los indios” y “promover su conversión al catolicismo”<sup>6</sup>. No obstante, “algunos convencionales consideraron que no había contradicción alguna en la norma, pues el Congreso ‘tenía en su mano el recurso de la guerra cuando se tratase de garantizar la frontera de los ataques de esos mismo bárbaros’”<sup>7</sup>.

Durante esta extensa etapa el tratamiento jurídico de los pueblos originarios tuvo por finalidad el logro de estándares de seguridad interna por parte del Estado y de las provincias. No se le dio relieve alguno a las reivindicaciones indígenas, ni se les reconocieron derechos. Incluso más: las alternativas para los indios eran la asimilación o el exterminio<sup>8</sup>. Esto es lo que trasuntan los discursos políticos de entonces. Cuando se discutió la Ley 215 de 1867, sobre seguridad interna<sup>9</sup>, el diputado Oroño expresó, con una claridad lapidaria, que exime de comentarios:

<sup>6</sup> Cfr. *idem*.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Paulina CHIACCHIERA CASTRO lo expresa así: “La República Argentina ha sido un estado pluriétnico y multicultural desde su nacimiento. Sin embargo, tal realidad no fue reconocida constitucionalmente por más de un siglo por cuanto se creía que se trataba de una situación ‘temporal’, que debía ser ‘superada’ para lograr la tan ansiada homogeneidad de la sociedad estatal” [“La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, *Sup. Const.* 2008 (setiembre), 1-LA LEY 2008-E, 1073].

<sup>9</sup> El texto completo de la ley es el siguiente: “Buenos Aires, agosto 13 de 1867. Ley (Nº 215).

Art. 1º - Se ocupará por fuerzas del Ejército de la República la ribera del río “Neuquén” ó “Neuquen”, desde su nacimiento en los Andes hasta su confluencia en el Río Negro en el Océano Atlántico estableciendo la línea en la margen Septentrional del espresado Río de Cordillera á mar.

Art. 2º - A las tribus nomades existentes en el territorio nacional comprendido entre la actual línea de frontera y la fijada por el artículo 1º de esta ley, se les concederá todo lo que sea necesario para su existencia fija y pacífica.

Art. 3º - La estension y límite de los territorios que se otorguen en virtud del artículo anterior, serán fijados por convenios entre las tribus que se sometan voluntariamente y el Ejecutivo de la Nación —Quedará exclusivamente al arbitrio del Gobierno Nacional fijar la estension y los límites de las tierras otorgadas á las tribus sometidas por la fuerza—. En ambos casos se requerirá la autorización del Congreso.

Art. 4º - En el caso que todas ó algunas de las tribus se resistan al sometimiento pacífico de la autoridad nacional, se organizará contra ellas una expedición jeneral hasta someterlas y arrojarlas al Sud de los Rios Negro y Neuquen.

Art. 5º - A la margen izquierda ó septentrional de los espresados rios y sobre todo en los vados ó pasos que puedan dar acceso á las circunstancias de los indios, se formarán establecimientos militares en el número y la distancia que juzgue conveniente el Poder Ejecutivo para su completa seguridad.

Art. 6º - Autorízase al Poder Ejecutivo para invertir fondos en la adquisición de vapores adecuados y en la exploracion y navegacion del Río Negro, como una medida auxiliar de la expedición por tierra; igualmente que para el establecimiento de una línea telegráfica que ligue todos los establecimientos dispuestos á las márgenes del espresado río.

Art. 7º - Autorízase igualmente al Poder Ejecutivo a hacer todos los gastos que demande la ejecucion de la presente ley, usando si fuere necesario, del crédito nacional, para la consecucion de tan importante objeto, dando oportunamente cuenta al Congreso.

Art. 8º - Por una ley especial se fijarán las condiciones, el tiempo y la estension de tierras que por vía de gratificación se concederá en propiedad á los individuos que compongan la expedicion ya sea como fuerzas regulares ó como voluntarios agregados.

Art. 9º - Todo el contenido de la presente ley comenzará á tener efecto inmediatamente de terminada la guerra que hoy sostiene la Nacion contra el Paraguay ó antes si fuere posible. Lo relativo al pacto de indios, deberá comenzar su ejecucion inmediatamente de sancionada por el Ejecutivo.

Art. 10º - Comuníquese al Poder Ejecutivo” (se conserva la ortografía original del texto citado).

¿De qué servirían las leyes que el Congreso dictara sobre otras materias si la vida y propiedad de los ciudadanos habría de estar a merced de los bárbaros? ¿Qué progreso hay posible en un país donde la fortuna de los hombres, donde el fruto de los desvelos del rico propietario, como del pobre jornalero, están expuestos a la rapacidad de los salvajes. La experiencia nos ha mostrado por más de cincuenta años que todo cuanto podamos hacer para completar la organización de este país es insuficiente mientras no se asegure la frontera y con ella la propiedad de sus habitantes<sup>10</sup>.

El texto de la ley mencionada, por otro lado, es también muy claro. Se trataba de “dominar los territorios que se encuentran en manos de los salvajes”<sup>11</sup>, otorgando a algunos grupos territorios que luego se delimitarían, y arrojando a otros puesto que “no merecen consideración alguna”<sup>12</sup>.

Estamos en una etapa en la que los indígenas, en suma, no son reconocidos como personas con derecho a un igual tratamiento que el resto. Son “salvajes” a los que se debe combatir<sup>13</sup>.

## 2.2. Segunda etapa: la tolerancia asimilacionista

Terminada la etapa anterior “comienza otra que consiste en cómo incorporar efectivamente a los indios a la ‘sociedad civilizada’”<sup>14</sup>. Se expresaba al respecto Francisco Ortiz, ministro de Relaciones Exteriores: “Este es el problema a resolver: si rechazamos a esos indios, si los asesinamos, si los mantenemos en guerra perpetua o si se hacen los sacrificios necesarios para amansarlos, domesticarlos, civilizarlos gradualmente [...] haciendo de ellos hombres útiles en lugar de ladrones, de salteadores, de asesinos”<sup>15</sup>. La conclusión del ministro fue que “algo tenemos que hacer a favor de esta raza desheredada, que nosotros mismos hemos arrojado fuera del territorio que antes ocupaban”<sup>16</sup>. No faltaron, en línea con esta concepción, discusiones de los legisladores de entonces en torno a si valía la pena o no incorporarlos al ejército. Quienes pensaban que sí pretendían “enseñarles a leer y a escribir [...] las primeras nociones de una patria que jamás han conocido”<sup>17</sup>,

<sup>10</sup> Diputado Oroño, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, 3 de septiembre de 1863, p. 147, cit. por Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Fernando ORTIZ, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, 24 de agosto de 1885, p. 519, cit. por Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit.

<sup>13</sup> Cfr., al respecto, Pedro NAVARRO FLORÍA, “El salvaje y su tratamiento en el discurso político argentino sobre la frontera sur, 1853-1879”, *Revista de Indias* LXI, No. 22 (2001), pp. 345-376.

<sup>14</sup> Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit.

<sup>15</sup> Expresiones del Ministro de Relaciones Exteriores argentino de 1885, cit. por Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit. La cita se encuentra, así mismo, en Morita CARRASCO, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, International Work Group for Indigenous Affairs, Asociación de Comunidades Aborígenes, 2000, p. 29.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Diputado Zeballos, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, 9 de septiembre de 1882, t. II, p. 207, cit. por Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit.

mientras que quienes se negaban alegaban que “si el ejército es el guardián de la Constitución y de las leyes [...]” no se podían poner “las armas de la Nación precisamente en manos de los salvajes”<sup>18</sup>.

Estos documentos manifiestan que fue ganando progresivamente espacio una tolerancia asimilacionista. Si bien se dejó de lado la alternativa del exterminio, no se contemplaron los derechos indígenas y se pretendió en todo momento la asimilación de las culturas de los pueblos originarios al modelo central.

En la Constitución de 1949 se eliminó la segunda parte del artículo 67 inciso 15, “quedando sólo la obligación del Congreso de proveer a la seguridad de las fronteras”<sup>19</sup>. Se sostuvo que esa segunda parte, en especial la mención al “trato pacífico con los indios”, resultaba anacrónica, “por cuanto no se pueden establecer distinciones raciales, ni de ninguna clase entre los habitantes del país”<sup>20</sup>. “Abrogada” la Constitución de 1949, y restaurada la de 1853/60, un grupo de convencionales convocados en la Convención Nacional Constituyente de 1957 propusieron la reforma del artículo 67 inciso 15, fundamentando la propuesta en que se trataba de una norma “contraria a los derechos humanos”<sup>21</sup>.

## 2.3. Tercera etapa: el reconocimiento

### 2.3.1. El reconocimiento normativo

La tercera etapa tiene consagración constitucional en Argentina en el nuevo artículo 75 inciso 17, que reemplaza al antiguo artículo 67 inciso 15. En el nuevo texto se establecen entre las competencias del Congreso:

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 comunitaria 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 afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

<sup>18</sup> Senador del Valle en el debate de la Ley 1470, *Diario de sesiones*, 10 de agosto de 1884, p. 379, cit. por Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> *Anteproyecto de reforma de la Constitución Nacional*, p. 34., cit. sin otros datos por Juan A. TRAVIESO, “Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)”, ob. cit.

<sup>21</sup> Idem, y su cita.

El inciso provocó la crítica de quienes entendieron que su contenido viola lo establecido por el artículo 16 de la Constitución<sup>22</sup>, en el que se dispone que:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Un grupo de autores ha considerado que el artículo 75 inciso 17 contraría “la garantía de la igualdad, piedra basal del sistema democrático”<sup>23</sup>. BIDART CAMPOS opinó lo contrario. Sostuvo, concretamente, que:

cuando se asume con pragmatismo –no exento de sólido respaldo iusfilosófico– que por ser indígenas 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 desigualdad con la del resto de la sociedad deben ser tratados también de manera distinta precisamente para que la igualdad real de oportunidades sea efectiva, nos queda muy en claro que las modalidades y los contenidos de muchos derechos tienen que abastecerse sin arrasar la identidad y la diferencia de quienes los titularizan. Esto no es privilegiar la sangre, ni el nacimiento, ni el origen étnico o racial. Es simplemente, aplicar la regla inveterada de que a quienes se emplazan en circunstancias diferentes no se los ha de nivelar a todos igualitariamente porque, de ser así, en vez de igualdad imponemos la desigualdad<sup>24</sup>.

En segundo lugar, para el caso de que se aceptase, por vía de hipótesis, que el artículo 75 inciso 17 sí consagra prerrogativas de sangre, BIDART CAMPOS sostuvo que:

el texto de la Constitución documental compone una unidad indivisible, a cada una de cuyas partes y a cada uno de cuyos artículos hay que armonizar, relacionar y compatibilizar con el resto. Todas las normas de la Constitución comparten una igual y misma supremacía; en la Constitución Argentina no descubrimos relaciones intrajerárquicas que a unas las coloquen por encima o por debajo de otras. Entonces, si quedara la impresión de que el art. 16 prohíbe las prerrogativas de sangre y nacimiento, y de que el inc. 17 las consagra a favor de los pueblos indígenas, optaríamos por esta conclusión: el art. 16 contiene un principio general que la misma Constitución excepciona en la norma del inc. 17, con lo que lejos de toda inconstitucionalidad (porque dentro de nuestra Constitución nunca hemos aceptado relaciones intrajerárquicas) lo que acontecería sería, sencillamente, que dos normas del mismo nivel contienen, una –el art. 16– un principio general, y otra –el inc. 17– un principio específico de excepción<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. Miguel PADILLA, “Un peligroso precedente”, *La Prensa*, 31 de julio de 1994, p. 11; Alberto NATALE, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 95; y, sobre todo, Gonzalo SEGOVIA y Juan Fernando SEGOVIA, “La protección de los indígenas”, en A.A.V.V., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma - Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995, t. I, p. 317-343.

<sup>23</sup> Miguel PADILLA, “Un peligroso precedente”, *La Prensa*, 31 de julio de 1994, p. 11.

<sup>24</sup> Germán J. BIDART CAMPOS, “Los derechos de los ‘pueblos indígenas argentinos’”, LL 1996-B, 1205.

<sup>25</sup> *Idem*.

La opinión de este autor, que comparto, ha sido seguida, en estos o en parecidos términos, por otros autores que se han dedicado al tema<sup>26</sup>.

En línea con el texto constitucional tratado precedentemente, aunque con un contenido más amplio, en el artículo 75 inciso 19 se estableció como atribución del Congreso la de: "Dictar las leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural [...]". Se trata de una etapa en la que se reconocen de modo pleno los derechos de los "pueblos indígenas argentinos". Se llega a ella partir de algunos antecedentes normativos presentes en la legislación nacional y en el texto de constituciones provinciales.

Con respecto a la legislación, vale la pena señalar la Ley 23302<sup>27</sup>, que creó la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Sus dos primeros artículos tienen un contenido jurídico y simbólico importante:

Art. 1. Declárase 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. A ese fin, se implementarán 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.

Art. 2. A los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país.

Se entenderá como 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.

La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación.

Con respecto al constitucionalismo provincial, deben mencionarse los siguientes textos:

<sup>26</sup> Cfr., p. ej., Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, "La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)", Sup. Const. 2008 (setiembre), 1-La Ley 2008-E, p. 1073, y Ricardo Tomás GEROSA LEWIS, "El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Provincia de Chubut", LLPatagonia, 23 de abril de 2004, p. 143.

<sup>27</sup> Publicada en el *Boletín Oficial* el 12 de noviembre de 1985 y reglamentada por el decreto 155/1989. Esta última norma creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), que "entenderá como autoridad de aplicación, en todo lo referente a la Ley N. 23.302, disposiciones modificatorias y complementarias y al Convenio 107 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Otras Poblaciones Tribales aprobado por la Ley N. 14.932, en coordinación con los organismos nacionales, provinciales o municipales competentes. A estos efectos cumplirá todas las actividades conducentes a promover el desarrollo integral de las comunidades indígenas adjudicando prioridad a sus aspectos socio económico, sanitario y cultural, preservando y revalorizando el patrimonio cultural de estas comunidades" (art. 2).

a) La Constitución de Salta, que establecía lo siguiente: “La Provincia protege al aborigen por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración en la vida nacional y provincial” (art. 15).

Luego de su reforma en 1998 se dispuso:

Pueblos Indígenas. 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 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 relativo con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros (art. 15).

b) La Constitución de Jujuy, en la que se dispuso, luego de la reforma de 1986: “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).

c) La Constitución de Río Negro, que en su reforma de 1988 estableció lo siguiente:

El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de las tierras que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual de su comunidad, y respeta el derecho que les asiste a organizarse (art. 42).

d) La Constitución del Chaco, en la que se estableció que: “La Provincia protegerá al aborigen por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración en la vida nacional y provincial”.

Luego de su reforma de 1994 hubo una norma aún más rotunda:

La provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que

serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará: 1. La educación bilingüe e intercultural. 2. La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable. 3. Su elevación socio-económica con planes adecuados. 4. La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas (art. 37).

e) La Constitución de Formosa, en la que se estableció, luego de la reforma de 1991, que:

[...] reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos por esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vida provincial y nacional. Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de estos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres, conforme con las leyes vigentes (art. 79).

Luego de 1994 hubo otras constituciones provinciales en las que se dio cabida expresa a lo establecido a nivel nacional por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución, en términos más o menos similares<sup>28</sup>.

### 2.3.2. *La interpretación del artículo 75 inciso*

Retornando al texto del artículo 75 inciso 17, pueden detectarse allí cuatro derechos de “los pueblos indígenas argentinos”. En primer lugar, el derecho al respeto a su identidad, que ha sido definido “como el derecho a un trato igualitario sin pérdida o renuncia de la identidad apuntada, o si se prefiere, a ser diferente de los demás para ser igual a sí mismo”<sup>29</sup>. Se ha señalado al respecto, con razón, que “el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a respetar el derecho a la identidad social y cultural de los pueblos indígenas al momento de tomar medidas destinadas a protegerlos y a garantizar el respeto a la misma (art. 2, Convenio 169 de la OIT)”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. los siguientes casos: a) Provincia de Buenos Aires (reforma constitucional 1994), artículo 36 inciso 9; b) Provincia de Chubut (reforma constitucional 1994), artículos 34 y 95. Cfr., al respecto, Ricardo Tomás GEROSA LEWIS, “El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Provincia de Chubut”, LL Patagonia, 23 de abril de 2004, p. 143; c) Provincia de La Pampa (reforma constitucional 1994), artículo 6 2° párr.; d) Provincia de Neuquén (reforma constitucional 1994), art. 23 inc. D.

<sup>29</sup> Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 373

<sup>30</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, Sup. Const. 2008 (setiembre), 1, LL 2008-E, p. 1073

En mi opinión, la definición transcrita es sólo una parte de lo que se consagra en el artículo 75 inciso 17. Si se remite el discurso de las generaciones al ámbito del análisis histórico, en el que tiene pleno sentido, y se lo quita del dogmático, en el que su presencia conduce a conclusiones muy discutibles, se llega, entre otros resultados, a la afirmación de que todos los derechos constitucionales tienen dos dimensiones: una negativa, que reclama su reconocimiento como derechos y su no violación por parte del Estado y de los particulares<sup>31</sup>, y una dimensión positiva o promocional, que exige de parte de “los poderes públicos” la promoción de la mayor vigencia efectiva posible de los derechos<sup>32</sup>. Dicho de otro modo, el Estado no cumple con lo que exige una “política de derechos”<sup>33</sup> simplemente no violándolos, sino que está obligado, además, a promoverlos. Teniendo en cuenta esto, el “derecho al respeto a la identidad” está llamado a trascender el ámbito de los deberes de abstención, aunque lo integre, y se proyecta hacia la promoción de la cultura indígena como un aporte valiosísimo más allá de esas fronteras culturales<sup>34</sup>. El reconocimiento de esta dimensión promocional es patente en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a la que me referiré brevemente después<sup>35</sup>.

El segundo derecho al que corresponde hacer mención es el “derecho a una educación bilingüe e intercultural”. Se ha dicho, al respecto, que

<sup>31</sup> Sobre el llamado “efecto horizontal” de los derechos, cfr. Tomás DE DOMINGO, “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y libertades* 7, No. 11 (2002), pp. 251-289. En el contexto argentino resulta muy interesante lo decidido en el caso “Kot”, *Fallos* 241:291 (1958).

<sup>32</sup> La expresión está tomada de la primera frase del art. 53.1 de la Constitución española, en la que se dice textualmente: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

<sup>33</sup> Véase un cuestionamiento a la viabilidad del intento en Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS, *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003. Es interesante, en línea con esto, Martín CARNOY, Lucrecia SANTIBÁÑEZ, Alma MALDONADO, Imanol ORDORIKA SACRISTÁN, “Barreras de entrada a la educación superior y a oportunidades profesionales para la población indígena mexicana”, *Revista latinoamericana de estudios educativos* 32, No. 3 (2002), pp. 9-43. Sobre la necesidad de políticas asistenciales y sus resultados positivos, cfr. Oscar J. CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Diana OJEDA REVAH, Quentín WODON, Gabriel GONZÁLEZ KÖNIG, “Do Indigenous Peoples Benefit from Poverty Programs?: Evidence from Mexico's 2000 Census”, *Estudios económicos* 19, No. 1 (2004), pp. 125-135.

<sup>34</sup> Una idea semejante, aunque parte de un juicio muy negativo sobre la situación actual de los indígenas argentinos, en Javier RODRÍGUEZ Mir, “Resistencia y confrontación en Argentina. Negación y exclusión de los pueblos indígenas”, *Gazeta de antropología* 22 (2006), en [http://www.ugr.es/~pwlac/G22\\_22Javier\\_Rodriguez\\_Mir.html#Resumen](http://www.ugr.es/~pwlac/G22_22Javier_Rodriguez_Mir.html#Resumen).

<sup>35</sup> En el “Preámbulo” de la *Declaración* puede leerse:  
 “Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,  
 Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,  
 Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,  
 [...] Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,  
 Considerando que la presente *Declaración* constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera”.

el Estado se encuentra así obligado a brindar a los miembros de las comunidades indígenas una educación bilingüe, adaptada a sus necesidades, que incluya la enseñanza de sus conocimientos, sistemas de valores y cultura, con la necesaria participación de las mismas en la formulación y ejecución de los programas correspondientes. A la par de ello, deberá eliminar todas las formas encubiertas de discriminación hacia las mismas de los contenidos curriculares y promover una justa valorización de su contribución en la construcción histórica del país<sup>36</sup>.

En tercer lugar, el texto constitucional consagra a favor de los pueblos originarios “el derecho a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y a la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”. Se ha afirmado que “estos derechos asumen fundamental importancia no sólo por la significación que tiene el elemento ‘tierra’ para las culturas indígenas sino también porque el despojo que estas comunidades han sufrido a lo largo de la historia ha conspirado contra su propia existencia”<sup>37</sup>, y que “su inserción en el ordenamiento jurídico interno resulta novedosa, en tanto que el concepto de propiedad y posesión comunitarias al que hace referencia nuestra Carta Magna difiere sustancialmente del régimen de propiedad y posesión regulado en nuestro Código Civil”<sup>38</sup>, por un lado, y la “la norma sujeta a estas tierras a una serie de limitaciones, disponiendo que ‘[...] ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos [...]’, con el fin de que se mantengan en manos de sus titulares originarios”, por otro<sup>39</sup>.

Para la obtención de la titularidad de este derecho la jurisprudencia ha exigido que se acredite: a) el carácter de comunidad indígena del reclamante,

o bien la pertenencia a la misma si quien invoca el derecho es uno de sus integrantes, no siendo necesario que haya concluido el trámite administrativo tendiente al reconocimiento de su personería jurídica y b) la ocupación tradicional de las tierras en cuestión, que no debe ser entendida como sinónimo de posesión en los términos del derecho civil sino como un concepto más amplio y abarcativo<sup>40</sup>.

Sobre esto último, que no está exento de dificultades, volveré luego.

Por último, la Constitución reconoce “el derecho a participar de la gestión referida a los recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”, respecto del cual se han dado algunos casos jurisprudenciales importantes a los que me referiré luego.

Desde el punto de vista del reconocimiento internacional, vale la pena destacar lo siguiente. En primer lugar, que diversas constituciones de América Latina han

<sup>36</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, *Sup. Const.* 2008 (setiembre), 1, LL 2008-E, p. 1073.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> *Idem.*, con cita del caso “Sede Alfredo y otros c. Villa Herminia y otro s/ desalojo”, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería No. 5 de la ciudad de Bariloche (Río Negro), sentencia de 12 de agosto de 2004.

reconocido el carácter pluriétnico y multicultural de sus sociedades<sup>41</sup>. Al caso argentino de 1994, se suman los siguientes: Bolivia (1994), Brasil (1998), Colombia (1991)<sup>42</sup>, Costa Rica (1997), Ecuador, (1998)<sup>43</sup>, Guatemala (1985), Nicaragua (1986), Panamá (1983), Paraguay (1992), Perú (1993), México (1992)<sup>44</sup>, y Venezuela (1999)<sup>45</sup>. Chile, por su parte, modificó su Ley Indígena en 1993<sup>46</sup>.

En segundo lugar, debe tenerse presente que el 13 de septiembre de 2007, luego de más de veinte años de negociaciones, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se reconocieron allí el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, su derecho a la propiedad de la tierra y los recursos y derechos colectivos<sup>47</sup>.

### 3. LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA

La Corte Suprema de Justicia argentina ha tratado varios casos en los que se ocupó de la interpretación del artículo 75 inciso 17<sup>48</sup>. Existe un grupo de sentencias

<sup>41</sup> Cfr., al respecto, Juan Carlos CASTILLO GÓMEZ, "El Estado-Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la Nación y la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas", tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006, p. 2 y *passim*. Cfr., así mismo, Willem ASSIES, "Indigenous peoples and reform of the state in Latin America", in Willem ASSIES, Gemma VAN DER HARR y André HOEKEMA (eds.), *The Challenge of Diversity: Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America*, Ámsterdam, Thela, 2000, pp. 3-21; Miguel CARBONELL SÁNCHEZ, "La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 108 (2003), pp. 840-861; Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, 2002, y Gisela GONZÁLEZ GUERRA (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, CNDH, 1999, *passim*. Hay quienes han detectado en el "movimiento indígena" un "componente transnacional". Cfr., al respecto, José Guadalupe VARGAS-HERNÁNDEZ, "Movimientos sociales para el reconocimiento de los movimientos indígenas y la ecología política indígena", *Ra Ximhai: revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible* 1, No. 3 (septiembre-diciembre 2005), pp. 453-470.

<sup>42</sup> Cfr. Juan Carlos CASTILLO GÓMEZ, "El Estado-Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la Nación y la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas", ob. cit., *passim*; Carlos DEL CAIRO y Esteban ROZO, "Políticas de la identidad, ciudadanía intercultural y reivindicaciones territoriales indígenas en dos localidades amazónicas", *Universitas humanística* 61 (2006), pp. 107-135.

<sup>43</sup> Cfr. Flavia FREIDENBERG y Francisco SÁNCHEZ LÓPEZ, "El proceso de incorporación política de los sectores indígenas en el Ecuador: Pachakutik, un caso de estudio", *América latina hoy: Revista de ciencias sociales* 19 (1998), pp. 65-79.

<sup>44</sup> Una visión crítica en Miguel Ángel SAMANO RENTERÍA, "Identidad étnica y la relación de los pueblos indígenas con el Estado mexicano", *Ra Ximhai: revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible* 1, No. 2 (mayo-agosto 2005) pp. 239-260.

<sup>45</sup> Cfr. Francisco ITURRASPE, "Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999", en Miguel CARBONELL (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 431 y ss.

<sup>46</sup> Sobre la situación actual en este país, cfr. Tito TRICOT, "Democracia formal y derechos indígenas. Una aproximación a la relación actual entre el Estado chileno y el pueblo mapuche", *Historia Actual Online* 12 (2007), pp. 43-61, en <http://www.historia-actual.com/HAO/Volumes/Volume1/Issue12/esp/v1i12c5.pdf>. Cfr., así mismo, Gonzalo AGUILAR CAVILLO, "El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno", *Ius et Praxis* 11, No. 1 (2005), pp. 269-295.

<sup>47</sup> Se ha discutido acerca del carácter vinculante de la Declaración. Cfr., al respecto, Nieves ZÚNIGA GARCÍA-FALCES, "Entrevista a Rodolfo Stavenhagen", en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* 102 (2008), pp. 169-176.

<sup>48</sup> Tomaré los resultados de la búsqueda realizada recientemente por Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO en su trabajo "La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)", *Sup. Const.* 2008 (septiembre), 1, LL 2008-E, p. 1073, quien aclara: "Para la selección de los fallos hemos recurrido a los índices de los Tomos de Fallos de la Corte y al buscador de su página web ([www.csn.gov.ar](http://www.csn.gov.ar)). Lamenta-

referidas a cuestiones de competencia. En todas ellas se concluye de modo pacífico que “las causas sobre los derechos contenidos en el artículo 75 inciso 17 son de competencia local”<sup>49</sup> –“salvo que nos encontremos frente a alguno de los supuestos previstos en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional”<sup>50</sup>– pudiendo luego llegar a la máxima instancia federal por la vía del recurso extraordinario.

En otro grupo de sentencias, menos numeroso, la Corte ingresó al estudio del fondo de la causa. Se trataron en ellas varios problemas, aunque en un afán de síntesis reduciré a dos, que trataré en los epígrafes siguientes: el sentido y alcance del derecho de propiedad (§3.1.) y el llamado “derecho al propio Derecho” (§3.2.). P. R. CHIACCHIERA CASTRO señala que a las causas anteriores deben agregarse otras en “las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ingresó al estudio del recurso extraordinario”<sup>51</sup>. Las razones fueron: a) por ser inadmisibles, “Eulogio Frites y otra v. Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”<sup>52</sup>; b) por no dirigirse contra una sentencia definitiva o asimilable, “Comunidades Indígenas La Bendición y El Arenal c. Refinería del Norte S.A. (Refinor) y Conta S.R.L.”<sup>53</sup>; c) por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma, declarándolo mal concedido, “Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero –Pueblo Ocloya– c. Cosen-tini, César Eduardo”<sup>54</sup>; y otras “en las que desestimó la queja presentada por ser extemporáneo o inadmisibles el recurso extraordinario que la originó”<sup>55</sup>: “Asociación Comunitaria Colonia Aborigen Chaco c. Provincia del Chaco”<sup>56</sup>; “Comunidad Aborigen de las Ánimas c. Sale, Héctor Edgardo”<sup>57</sup>.

---

blemente, no todas las decisiones del Máximo Tribunal referidas a la temática han sido agrupadas bajo la voz ‘indígena’, lo que dificultó la identificación del material”

<sup>49</sup> Cfr. “Jorge D. Cuiñas”, Fallos 319:2381 (1996); “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”, sentencia del 25 de noviembre; “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza”, Fallos 328:3555 (2005); “Asociación Civil Ayo La Bomba y otro c. Provincia de Formosa y otro”, Fallos 328:3657 (2005); “Comunidad Indígena del Pueblo Guarani 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”, sentencia del 21 de marzo de 2006; “Comunidad Aborigen 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”, sentencia del 21 de marzo de 2006; “Ramos, Lorenzo s/denuncia”, sentencia del 24 de octubre de 2006; “Comunidad Indígena Hoktek Toi s/denuncia”, sentencia del 24 de octubre de 2006; “Comunidad Aborigen 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”, sentencia del 8 de abril de 2008.

<sup>50</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, Sup. Const. 2008 (setiembre), 1, LL 2008-E, p. 1073. Cfr. “Comunidad Aborigen de Oromayo s/denuncia”, 22/03/2005; “Universidad Nacional de Salta c. Provincia de Salta”, Fallos 328:3818 (2005); y “Asociación Comunitaria La Matanza c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 4 de julio de 2007.

<sup>51</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, Sup. Const. 2008 (septiembre), 1-La Ley 2008-E, p. 1073.

<sup>52</sup> Sentencia del 4 de diciembre de 1995.

<sup>53</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2007.

<sup>54</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2007.

<sup>55</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, Sup. Const. 2008 (septiembre), 1-La Ley 2008-E, p. 1073.

<sup>56</sup> Sentencia del 8 de marzo de 2005.

<sup>57</sup> Sentencia del 29 de mayo de 2007.

### 3.1. El derecho de propiedad

#### 3.1.1. “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi en la causa Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”<sup>58</sup>

La Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi interpuso un amparo con el objeto de que se declarara la nulidad de dos actos administrativos emitidos por la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de Salta:

el certificado N° 368, extendido el 23 de julio de 1996 y válido hasta el 23 de julio de 1999 [...] autorizando la deforestación indiscriminada de los Catastros Rurales Nros. 17.564, 17.569 y 17.570 del Departamento San Martín [...] y la actualización del mismo, emitida por nota del 30 de noviembre de 1999 y válida hasta el 30 de noviembre de 2002 [...] autorizando la prórroga del permiso de deforestación sobre una superficie de 120 Has. ubicadas en el catastro 17.564<sup>59</sup>.

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta confirmó la decisión de la instancia anterior y rechazó el amparo. Contra esa decisión la actora interpuso el recurso extraordinario federal y, ante su rechazo, el recurso de hecho, que fue concedido por la Corte Suprema.

Según la Corte salteña, el amparo no era la vía idónea para realizar el planteo, y la actora tenía la opción de interponer recursos administrativos. Sostuvo el tribunal 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”. A su vez, señaló que la cuestión requería mayor debate y prueba y que, en el limitado marco cognoscitivo del amparo, no se advertía ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de los actos impugnados<sup>60</sup>.

Respecto del primer punto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que

la Corte local no dio suficiente respuesta a planteos conducentes de la actora tendientes a demostrar que la tutela de sus derechos no encontraría adecuado cauce por las vías ordinarias. A tal fin, 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 deforestación con consecuencias irreparables [...]<sup>61</sup>.

Con relación a lo segundo la Corte sostuvo que

<sup>58</sup> Fallos 325:1744 (2002). Puede consultarse, también, en LLNOA2002, 1294 y en LL 2004-C, 276.

<sup>59</sup> Fallos 325:1744 (2002), cons. 1.

<sup>60</sup> *Ibidem*, cons. 2, con citas de la sentencia de la Corte de Justicia de Salta.

<sup>61</sup> *Ibidem*, cons. 4.

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<sup>62</sup>.

Como consecuencia de estos dos argumentos, la Corte hizo lugar a la queja, dejó sin efecto la sentencia, y envió los autos al tribunal de origen para que se dictara un nuevo fallo.

Luego de la decisión de la Corte Suprema la Corte salteña dictó una nueva sentencia en la que hizo lugar al amparo y dejó sin efecto los dos actos administrativos impugnados (que habían autorizado el desmonte de algunos inmuebles rurales). La fiscalía de Estado provincial interpuso el recurso extraordinario, que la Corte provincial concedió. La Corte Suprema dictó sentencia declarando mal concedido el recurso. Según el tribunal,

los agravios de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Salta deben ser desestimados. En efecto, lo resuelto no reviste carácter definitivo a los fines del recurso del art. 14 de la ley 48, pues como se puso de relieve en el considerando 4º de este pronunciamiento, el *a quo* atribuyó la nulidad de las resoluciones a la ausencia de un estudio de impacto ambiental y social, “sea para confirmar o para desmentir las afirmaciones de (la amparista)”, lo que ciñe la cuestión a la invalidez del procedimiento seguido para disponer las medidas impugnadas (Fallos: 289:233; 303:739 y 305:59, entre otros). Más aun si las motivaciones de orden superior que imponían esos estudios, surgían con toda nitidez de la anterior decisión de esta Corte<sup>63</sup>.

### 3.1.2. “Recurso de hecho. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta”<sup>64</sup>

La actora solicitó mediante un amparo que se suspendieran los efectos y se declarara

la inconstitucionalidad de la Resolución Nro. 423/99 de la Secretaría General de la Gobernación y del Decreto Provincial Nro. 461/99, que adjudicó a los miembros de

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Ibidem, cons. 5.

El fallo fue unánime, y contó con la firma de los jueces Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert y Adolfo R. Vázquez. Mención al caso por el juez Petracchi en Enrique Santiago PETRACCHI, “Acceso a la Justicia”, LL Sup. Act 27/05/2004, 1. Cfr., así mismo, Maximiliano TORICELLI, “El amparo constitucional”, LL 18/10/2004, 1, y en AA.VV., *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales* 1/1/2008, p. 437; Calogero PIZZOLO, “La salud pública como bien colectivo”, LL 2006-F, p. 507; Gabriela Alejandra ITURBIDE, y Liliana Edith ABREUT DE BERGHER, “Tema de Investigación histórico-jurídico: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionada con la problemática indígena. Período 1863-1930”, LL online.

<sup>64</sup> Fallos 327:2309 (2004)

comunidades indígenas y criollos fracciones del lote 55 de la Provincia. Según alegó, dichas normas vulneraban los arts. 14, 17, 18 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial<sup>65</sup>.

La Corte Suprema de Justicia salteña no hizo lugar a lo pedido, sobre la base de que “los actos cuestionados no exhibían arbitrariedad o ilegalidad notorias”<sup>66</sup>.

La actora interpuso el recurso extraordinario y luego, ante su denegación, el recurso directo. La Corte declaró procedente el recurso y dejó sin efecto la decisión cuestionada.

El dictamen del Procurador General, a cuyos fundamentos remitió el Máximo Tribunal Federal, puntualizó que la Corte Suprema de Salta no había dado un tratamiento adecuado a la controversia, de acuerdo a las constancias del expediente y a la normativa aplicable, lo que tornaba arbitraria su sentencia. En tal sentido, señaló que se había omitido considerar el argumento de la actora en relación a que la Resolución Nro. 423/99 había dado curso a peticiones de fracciones de tierra que se encontraban en áreas que aquella había reclamado años antes y que el Decreto Nro. 461/99 las había adjudicado estando pendiente de tramitación el recurso que impugnaba el procedimiento previsto en la resolución mencionada. Asimismo, expuso que el Tribunal tampoco había valorado el Acta Acuerdo del 05/12/1991, ratificada por Decreto Nro. 2609/91 del Poder Ejecutivo provincial, en la que la Provincia de Salta se había comprometido a respetar que las superficies fueran adjudicadas sin divisiones, mediante un título único de propiedad. Igualmente, calificó de arbitrario al pronunciamiento impugnado por haber prescindido de aplicar las disposiciones de derecho público local invocadas por la actora, con menoscabo a su derecho de defensa en juicio, por haber efectuado una interpretación restrictiva equivalente a prescindir de las normas aplicables y por desconocer derechos constitucionales. Ello así, en tanto que el a-quo se limitó a afirmar que la notificación cursada a los ocupantes no relevados a través de edictos seguía el trámite previsto por la ley, sin mencionar la situación de los relevados, que debían ser notificados personalmente (Decreto Nro. 1467/90), lo cual no fue considerado, no obstante que la falta de notificación en la forma allí prevista afectaba los derechos de los pobladores indígenas que no sabían leer ni escribir y que habitaban en zonas alejadas de las ciudades, donde carecían de boletín oficial y periódicos locales. Tal como se observa, en este resolutorio se descalificó la sentencia recurrida, en tanto que –principalmente– desconocía el acuerdo al que había llegado la Provincia con las comunidades indígenas de la zona, a través del cual se había comprometido a entregarles las tierras reclamadas en una superficie única sin subdivisiones<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, Sup. Const. 2008 (septiembre), 1-La Ley 2008-E, p. 1073.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> Idem.

### 3.1.3. “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”<sup>68</sup>

La comunidad Indígena Eben Ezer interpuso un amparo contra la provincia de Salta, y el Ministerio de Empleo y la Producción cuestionando la constitucionalidad de la Ley local 7274 mediante la cual fueron desafectados como reserva natural determinados lotes fiscales y se habilitó al poder ejecutivo provincial para ponerlos en venta por vía de un proceso licitatorio. La Comunidad sostuvo que

sobrevivía, de acuerdo a sus usos y costumbres, gracias a los recursos naturales existentes en uno de los lotes en juego y al corredor ecológico que representa el restante, al paso que arguyó el quebrantamiento, entre otros derechos de jerarquía constitucional, del derecho a la vida y a la propiedad comunitaria de las tierras<sup>69</sup>.

El Juzgado de Primera Instancia dictaminó que el caso no era de su competencia sino de la originaria de la Corte de Justicia provincial<sup>70</sup>. Apelada esta decisión, la Corte, por mayoría, la confirmó, afirmando que

si bien la demandante impugna los actos administrativos que individualiza del proceso licitatorio, y a éste en sí mismo por considerar que el Poder Ejecutivo le dio comienzo de ejecución cuando aún no se había cumplido con la compensación dispuesta por el art. 2° de la Ley 7274, al momento de consignar el objeto de la demanda pide se suspenda en forma definitiva la venta por licitación pública de los lotes fiscales n° 32 y n° 33; empero las razones en que se apoya, aluden a los daños que producen la desafectación de la reserva natural y no a vicios concretos de aquellos actos<sup>71</sup>.

El tribunal agregó que “si bien el art. 87 de la Constitución provincial prevé la posibilidad de declarar, en el marco de la acción de amparo, la inconstitucionalidad ‘de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, ello exige, justamente la existencia de ese acto u omisión lesiva’”<sup>72</sup>.

Sobre esta base concluyó que la actora había promovido una acción de inconstitucionalidad que le correspondía resolver en forma originaria y, en segundo lugar, 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 local”<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Sentencia del 30 de septiembre de 2008. Puede consultarse en LL 2008-F, p. 93, y en LL Sup. Adm. 2008 (octubre), p. 35. Un comentario en Inés A. D'ARGENIO, “Sin clichés’ dijo la Corte”, LL Sup. Adm.2009 (febrero), p. 13.

<sup>69</sup> “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, sentencia del 30 de septiembre de 2008, LL 2008-F, p. 93, cons. 1.

<sup>70</sup> Cfr. idem. Según el juez, “bajo el ropaje de la falta de respeto al mecanismo legal establecido para las licitaciones”, la actora “pretende en realidad evitar la venta de los lotes fiscales fundada en la inconstitucionalidad de la ley que la permite y autoriza”. Por eso, según el magistrado, “con arreglo al art. 153.II.c de la Constitución salteña, no era de su competencia sino de la originaria de la Corte de Justicia provincial” (ibídem).

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Idem.

Contra esta sentencia la actora interpuso el recurso extraordinario federal y, frente a su denegación, el recurso de hecho. La Corte, como se verá, revocó la sentencia apelada<sup>74</sup>. Vale la pena rescatar tres aspectos de la sentencia. En primer lugar, la interpretación que hace del amparo, remitiéndose a precedentes suyos, que la conduce a descalificar de modo fuerte el pronunciamiento impugnado y a aceptar su procedencia<sup>75</sup>.

El segundo aspecto que llama la atención es la importancia que la Corte asigna a los bienes en juego:

Por lo demás, el carácter disvalioso del resultado al que condujo la conclusión censurada –puesto que importó para la Comunidad, lisa y llanamente, la clausura *in limine* y definitiva de toda revisión judicial de los dos aspectos en juego, vale decir, la actividad legislativa y ejecutiva comprometidas– se ve incluso fuertemente agravado a poco en que se repare en los singulares bienes jurídicos puestos en la liza<sup>76</sup>.

Esto último está ligado con el tercer elemento interesante: la utilización como argumento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>77</sup>. La Corte, por las razones expuestas, decidió hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario, revocando la sentencia “[a] fin de que sea dictada una nueva que garantice a la parte actora, por el órgano judicial que corresponda, el pleno acceso a la jurisdicción de amparo”<sup>78</sup>.

### 3.1.4. “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”<sup>79</sup>

Un grupo de personas, comunidades indígenas y asociaciones criollas interpusieron un amparo contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional con el fin de obtener: a) el cese inmediato y definitivo de los desmontes y las talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de dicho Estado local; b) la declaración de inconstitucionalidad de las autorizaciones otorgadas para ello; c) la prohibición de otorgar esas autorizaciones en el futuro; d) que se imponga a las demandadas el deber de recomponer

<sup>74</sup> Cfr. *ibidem*, cons. 1.

<sup>75</sup> *Ibidem*, cons. 2.

<sup>76</sup> *Ibidem*, cons. 3.

<sup>77</sup> *Idem*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado una serie de sentencias en las que se reconoce la necesidad de tratar de modo diferenciado a los pueblos indígenas, con vistas a garantizar su identidad cultural. Cfr., entre otros casos, CIDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de reparaciones 2003, serie C, No. 15; CIDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, No. 79; CIDH, caso de la *Comunidad indígena Yakje Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo y reparaciones de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125; CIDH, caso *Yatama vs Nicaragua*, sentencia de fondo y reparaciones de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127; CIDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124. Cfr., al respecto, María Carmelina LONDOÑO LÁZARO, “Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos. Reflexiones a partir de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ricardo ABELLO GALVIS (coord.), *Derecho internacional: lo público, lo privado, los derechos humanos (en homenaje a Germán Cavallier)*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006 (a quien doy las gracias por las referencias)

<sup>78</sup> *Idem*, cons. 4. La jueza Argibay elaboró su propio voto.

<sup>79</sup> Sentencia del 29 de diciembre de 2008, en LL Sup. Adm.2009 (febrero), p. 49.

y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y que, en caso de no resultar esto último factible, se fije una indemnización sustitutiva a su favor<sup>80</sup>; e) “la concesión de una medida cautelar por la cual se ordene el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos en la zona referida durante la sustanciación del juicio”<sup>81</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la cautelar solicitada, convocó a una audiencia y ordenó un pedido de infoEn opinión de la Procuradora Fiscal, el caso debía ser desestimado por la Corte por no corresponder a su competencia originaria. Dijo, concretamente, lo siguiente:

dato que la pretensión de los actores involucra cuestiones de índole local que requieren para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza entiendo que la causa no reviste carácter exclusivamente federal como lo exige el Tribunal para que proceda su competencia originaria ya que incluye una materia concurrente con el derecho público local [...] <sup>82</sup>.

Sin embargo, la doctora Monti llevó a cabo, al final, una observación que sería luego tomada en cuenta por la Corte: “No obstante, en caso de considerar V.E. que concurren los requisitos para dictarla, siempre tiene la posibilidad de disponer la medida cautelar solicitada, según lo previsto en el art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”<sup>83</sup>.

La Corte, en efecto, decide con las siguientes palabras:

Por ello, oída en esta instancia la señora Procuradora Fiscal, teniendo en cuenta la salvedad efectuada en el último párrafo de su dictamen de fs. 33/35, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida, se resuelve: I. Convocar a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte el 18 de febrero de 2009 a las 10 horas, en la cual las partes deberán expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre la situación que se denuncia. Para su comunicación al Estado Nacional, líbrese oficio a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (arg. artículo 9º, Ley 25.344, y artículo 11, Ley 26.331), y respecto del señor gobernador de la provincia de Salta, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de Salta. Con respecto a la actora, requerir a las distintas comunidades demandantes que unifiquen la representación en alguna de las que se le haya otorgado personería jurídica. Notifíquese. II. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada con los alcances expuestos, y, en consecuencia, ordenar de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, autorizados por la provincia de Salta durante el último trimestre del año 2007. Notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles. III. Ordenar la diligencia preliminar solicitada y, en consecuencia, requerir al Estado provincial demandado que, en el plazo de treinta días, informe al Tribunal los nom-

<sup>80</sup> Cfr. S/A, “Hechos”, en LL Sup. Adm.2009 (febrero), p. 49, y “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, sentencia del 29 de diciembre de 2008, dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación, I, y cons. 1.

<sup>81</sup> Idem.

<sup>82</sup> “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, sentencia del 29 de diciembre de 2008, dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación, II.

<sup>83</sup> Idem.

bres y apellidos o razones sociales, con sus respectivos domicilios, de todas las personas físicas y jurídicas que han solicitado y obtenido autorizaciones de desmonte y tala de bosques nativos en las áreas pertenecientes a los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, durante el periodo indicado, a cuyo fin, librese el correspondiente oficio<sup>84</sup>.

El fundamento de lo decidido se encuentra un poco antes de esta cita. La Corte lo expone con las siguientes palabras:

los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional [...]. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados [...]<sup>85</sup>.

### 3.1.5. Balance parcial: una nueva dimensión del derecho de propiedad

#### a) Una concepción liberal

El concepto constitucional de propiedad que mantiene la Corte Suprema argentina ha variado fuertemente con el transcurso del tiempo. En una primera etapa la Corte se preocupó por remarcar que el contenido del derecho constitucional de propiedad difería del que tiene el derecho de dominio que se estudia en el Derecho Civil. Sostuvo el tribunal, en reiteradas ocasiones:

[e]l término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad. Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio pú-

<sup>84</sup> Ibidem, cons. 1.

<sup>85</sup> "Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional", sentencia del 29 de diciembre de 2008, Ibidem, cons. 2.

blico [...] o de las que reconocen como causa una delegación del Estado a favor de particulares [...] se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio [...] que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones [...]”<sup>86</sup>.

En esta primera etapa –1903-1925– primó una concepción “liberal”, favoreciéndose la vigencia efectiva del derecho en desmedro de las facultades de regulación del legislador.

Con relación a las regulaciones del legislador provincial, el fallo arquetípico es “Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán”<sup>87</sup>. En este caso se juzgó acerca de la razonabilidad de una ley provincial que imponía un impuesto sobre la cosecha de azúcar del período 1902-1903. El legislador había calculado el consumo total de este producto en el país y había dividido la cantidad resultante entre un grupo de fábricas. A cada empresa le era asignada la venta de una cuota de esa cantidad total. La venta dentro del cupo fijado estaba gravada con medio centavo por cada kilo de azúcar, y por toda venta que excediese la cuota habría que pagar cuarenta centavos. Se perseguía, mediante la coerción impositiva, disminuir las ventas para mantener el precio. La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por considerar que vulneraba los derechos de trabajar, ejercer industria lícita, y comerciar, así como la igualdad ante la ley y la igualdad como base del impuesto. Como se ha sostenido, “[e]n realidad, la apreciación involucra un juicio sobre la restricción irrazonable a los mencionados derechos por parte de la ley provincial que se declaraba inconstitucional”<sup>88</sup>.

La tendencia se vería reafirmada en las sentencias “Horta c/ Harguindeguy”<sup>89</sup>, y “Mango c/ Traba”<sup>90</sup>. En la primera se prohibió la aplicación del precio máximo de los alquileres a contratos en curso de ejecución, y en la segunda se invalidó una prórroga de una ley de control de locaciones por considerarse que no se mantenía la emergencia que la había justificado<sup>91</sup>.

Esta etapa histórica inicial del derecho de propiedad es coherente, sin duda, con lo expresado por la Constitución argentina en 1853<sup>92</sup>. En efecto, la concepción

<sup>86</sup> CSJN, “Bourdie”, Fallos 145:327 (1925).

<sup>87</sup> Fallos 98:20 (1903).

<sup>88</sup> Mariano F. GRONDONA, *La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 4. Cfr. Alberto B. BIANCHI, “Las llamadas ‘libertades preferidas’ (...)”, art. cit., pp. 12-19. Así mismo, Germán J. BIDART CAMPOS, *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 1984, p. 109.

<sup>89</sup> Fallos 137:47 (1922).

<sup>90</sup> Fallos 144:219 (1925).

<sup>91</sup> Una excepción dentro de este primer período fue el caso “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, en el que la Corte declaró la constitucionalidad de una ley que congelaba el precio de los alquileres por dos años. Fallos 136:161 (1922).

<sup>92</sup> Señala BIDART CAMPOS que “cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un Estado, no se conforma con leer su Constitución escrita o formal (si es que la tiene). Ambiciona saber si esa Constitución funciona,

expuesta refleja fielmente el resultado de una interpretación histórica de los preceptos constitucionales en los que se habla del derecho de propiedad<sup>93</sup>.

b) El derecho de propiedad, un derecho más

A esta etapa le siguió otra diferente, en la que se declaró que no resultaban incompatibles con la Constitución distintas regulaciones, más o menos intensas, de los derechos patrimoniales. Dentro de esta segunda etapa (1934-1990), merecen señalarse, por su importancia, los siguientes casos:

- En “Oscar Avico c/ Saúl de Pesa”<sup>94</sup>, la Corte sostuvo la validez de una ley de 1932 que había dispuesto la prórroga por tres años del vencimiento de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y, paralelamente, la reducción de la tasa de interés al 6% durante ese período.
- Más adelante, en “Pedro Inchauspe y Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes”<sup>95</sup>, la Corte sostuvo la validez de una ley que creaba la Junta Nacional de Carnes como ente regulador del comercio de ganado, y que autorizaba a esta entidad a crear una corporación de naturaleza privada a la que quedaban incorporados los ganaderos mediante una contribución de carácter obligatorio. Se dijo entonces que: “[...] la agremiación obligatoria de los ganaderos no aparece como una imposición arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país y la economía nacional, afectados por la crisis de la ganadería [...]. En nombre de un remoto interés privado no sería posible cerrar los ojos ante el interés público y el positivo de millares de ganaderos empeñados en la defensa de la ley tachada de inconstitucionalidad” (cons. 9).

---

se aplica, se cumple; o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte; se preocupa por indagar qué otros contenidos constitucionales han ingresado en la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia”. Es decir, más allá de lo que la Constitución exprese literalmente, e incluso más allá de su análisis como documento histórico, es necesario indagar cómo ella es aplicada hoy. Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires, Ediar, 1998, t. 1, p. 273.

<sup>93</sup> La Constitución argentina se refiere en tres ocasiones, de modo expreso, a la propiedad:

a) se dice en el artículo 14 que:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de usar y disponer de su propiedad [...]”;

b) se establece en el artículo 17, por otro lado, que

«La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”;

c) por último, en el artículo 75, inciso 17, transcrito precedentemente.

<sup>94</sup> Fallos 172:29 (1934).

<sup>95</sup> Fallos 199:483 (1944).

- En “Cine Callao”<sup>96</sup>, la Corte juzgó la constitucionalidad de una ley federal que obligaba a los propietarios de salas de cine a incluir en los intermedios del espectáculo habitual un “número vivo”, lo que les exigía contratar artistas y, en ocasiones, adaptar el local. La finalidad de la norma era la ocupación de artistas desempleados y asegurar el patrimonio artístico de la sociedad. El Máximo Tribunal consideró que la ley era razonable<sup>97</sup>.

Esta dirección jurisprudencial se mantuvo vigente a lo largo de los años, como se pone de manifiesto en “Peralta”<sup>98</sup>.

En síntesis, durante esta segunda etapa el derecho de propiedad fue considerado un derecho constitucional más, e incluso se aceptó la constitucionalidad de fuertísimas restricciones a su ejercicio, especialmente por razones de emergencia económica.

### c) El derecho de propiedad y la tutela de la identidad cultural de los indígenas

El pleno reconocimiento de los derechos de los indígenas marcó el inicio de un nuevo capítulo en la historia del derecho constitucional de propiedad. El derecho de propiedad tiene para los indígenas una conexión tal con su identidad cultural que torna imposible afectar al primero sin dañar gravemente a la segunda. Esto explica el surgimiento de muchos casos constitucionales en diversos países hispanoamericanos, algunos de los cuales han sido resueltos finalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La propia Corte Interamericana ha expresado respecto del sentido y alcance del derecho de propiedad:

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 éstos 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, 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

<sup>96</sup> Fallos 247:121 (1960).

<sup>97</sup> Cfr. Juan FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 132-139; y Genaro CARRIÓ, “Nota sobre el caso de los números vivos”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, separata, La Plata, 1961. Sobre el principio de razonabilidad, cfr., Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2 ed., Buenos Aires, Ábaco, 2009, en prensa, *passim*.

<sup>98</sup> E.D. 141-519 (1990). He analizado con detenimiento este caso en Juan CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, cap. 1, ep. 3.4. Existe una segunda edición revisada y actualizada, con el título *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2007.

nio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas<sup>99</sup>.

En sentido similar, afirmó en otro caso:

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 [...] 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<sup>100</sup>.

Esos casos constitucionales son, en no pocas ocasiones, de compleja resolución. Lo primero que debe tenerse en cuenta, según la Corte Suprema argentina, es que:

La relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo 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 Convención Americana sobre Derechos Humanos (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 Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31-8-2001, Serie C, No. 79, párr. 134, sus citas y otros). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, de jerarquía suprallegal, en su artículo 14.3 dispone, precisamente, que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (asimismo: Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 95)<sup>101</sup>.

La necesidad de dar respuesta a estos reclamos legítimos, y la conexión especial entre propiedad e identidad cultural, ya apuntada, han conducido a la Corte Interamericana a sostener que los Estados deben privilegiar la búsqueda de soluciones que –acudiendo a compensaciones suficientes que impidan una disminución del patrimonio de los titulares *prima facie* de las tierras reclamadas– reconozcan, garanticen y tutelen el derecho de propiedad de las comunidades indígenas. El propio tribunal lo ha expresado del siguiente modo:

<sup>99</sup> CIDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17-6-2005, Serie C, No. 125, párrs. 135 y 154, entre otros.

<sup>100</sup> CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, No. 79, párr. 149.

<sup>101</sup> “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, sentencia del 30 de septiembre de 2008, LL 2008-F, p. 93.

Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión<sup>102</sup>.

Sin embargo,

la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado paraguayo. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. En tal sentido, el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas no han sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional.

[...] Si bien el Paraguay reconoce en su ordenamiento el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras y recursos naturales de los indígenas, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. Con ello se ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales<sup>103</sup>.

### **3.2. El desafío del “derecho al propio Derecho”**

#### *3.2.1. El problema*

Se ha señalado con acierto que:

Auna de las principales reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir, con un “derecho al propio derecho”. En la mayoría de ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud. Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el sub-sistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmen-

<sup>102</sup> CIDH, *Caso Comunidad Indígena Yakje Axa Vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párr. 135.

<sup>103</sup> *Ibidem*, párr. 136 *et seq.*

te intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas<sup>104</sup>.

El problema principal que plantea esta compleja articulación puede traducirse a nivel teórico, retomando lo dicho al comienzo, en la necesidad acuciante de conciliar la universalidad de los derechos con el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Yendo desde aquí a lo más concreto, surgen dos problemas: a) cómo compatibilizar o coordinar los usos y las costumbres de los pueblos indígenas con el sistema jurídico estatal. En el caso del Derecho Penal, esto puede darse al menos de dos modos, según que los usos y las costumbres sean más o menos gravosos para el reo que el sistema jurídico estatal; b) cómo compatibilizar la necesidad del reconocimiento de la identidad cultural en lo referente a los derechos de primera generación con la de universalizar los de la segunda generación (sociedades bivalentes).

### 3.2.2. *Un caso interesante*

La jurisprudencia argentina brinda un ejemplo interesante del primero de los problemas descritos. El caso se originó en Salta. Un integrante de la comunidad “Misión Wichi” de esa provincia 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 Sala Tercera de 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 Suprema Corte de Justicia de Salta. La Corte declaró la nulidad del auto de procesamiento.

La mayoría del tribunal –compuesta por los jueces Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas– consideró que la sentencia de la Cámara era arbitraria, puesto que no se consideró 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 imputado”<sup>105</sup>. Se afirmó, en este sentido, que en la sentencia no se habrían evaluado correctamente el informe pericial antropológico<sup>106</sup> ni un conjunto de manifestaciones de referentes de la comunidad indígena<sup>107</sup>, lo que habría conducido, en opinión de la mayoría, a una evaluación irrazonable de las circunstancias del caso<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Miguel CARBONELL SÁNCHEZ, “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, art. cit., p. 851.

<sup>105</sup> Suprema Corte de Justicia de Salta, “R., J. F.”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, voto de la mayoría, considerando 3. Dejo constancia de mi gratitud con Juan José Galeano por su ayuda en la sistematización de esta sentencia.

<sup>106</sup> Cfr. *ibidem*, cons. 6.

<sup>107</sup> *Ibidem*, cons. 7.

<sup>108</sup> *Idem*.

Para la mayoría del tribunal no fue suficiente con que en la convalidación del procesamiento se haya dicho que “las circunstancias relativas a la forma de vida de la comunidad wichi ‘a lo sumo pueden tener en su momento alguna relevancia, en cuanto hacen a su aspecto subjetivo”<sup>109</sup>, puesto que “el procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad”<sup>110</sup>.

En opinión del tribunal, si se procesara al imputado dejando la comprobación de su culpabilidad para la etapa plenaria se le provocaría un gravamen irreparable<sup>111</sup>. La mayoría entendió, en el mismo orden de ideas, que en la sentencia no se había evaluado correctamente la incidencia de la idiosincrasia wichi en la imputación subjetiva del procesado<sup>112</sup>.

Según el tribunal, lo dicho precedentemente

cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial 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 deben ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso<sup>113</sup>.

La jueza María Cristina Garros Martínez formuló una disidencia. La jueza comenzó su voto realizando una reseña de los agravios presentados por la defensa: en el proceso penal no se habría atendido a la realidad fáctica concreta, con base en la condición de indígena de R. Esto le daría, alega la defensa, arbitrariedad al pronunciamiento y ausencia de dolo a R., por formar parte de una cultura donde es imposible vivir conforme la ley penal y según preconceptos religiosos<sup>114</sup>. R. viviría de acuerdo con el “derecho consuetudinario” de la cultura wichi, garantizado por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. Alega el recurrente, además, que es discriminado por aplicársele el concepto de igualdad del artículo 16 de la Ley Suprema, ya que su conducta sólo es comprensible en términos del “código” de su comunidad. Habla del “matrimonio privignático”, en el que no existe concubinato sino matrimonio tanto con la madre como con la hija. El agravio se sustenta no sólo en los artículos mencionados sino en diversos tratados internacionales (arts. 1.4 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y la OEA). Por último, aduce arbitrariedad en la consideración de la prueba y la omisión de la Cámara de la rectificación de la edad de Estela Tejerina (la niña).

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, cons. 8.

<sup>110</sup> *Idem*.

<sup>111</sup> *Idem*.

<sup>112</sup> *Ibidem*, cons. 9 y 10.

<sup>113</sup> *Ibidem*, cons. 11

<sup>114</sup> Cfr. el voto de la jueza Garros Martínez, considerando 3.

La disidencia llevó adelante una exposición detallada de los hechos: Teodora Tejerina realizó la denuncia habiendo sido amenazada previamente por Roque Miranda, cacique de la comunidad Lapacho Mocho, quien le advirtió que quedaría presa en caso de denunciar a R., el imputado. Igualmente, tenía miedo de que su ex concubino hiciese lo mismo con sus otras hijas, por lo que hizo la denuncia con Dora Elena Carrizo, Directora (Interina) de la Escuela a la que asistía la niña. En sede judicial la denunciante se rectificó, afirmando había sido obligada por la Directora a realizar la denuncia, que no estaba enojada con R. y que no recibió amenazas por parte de Miranda. No obstante, la madre de la menor no negó la denuncia, sino que modificó su contenido. Garros Martínez apuntó que la acción promovida de oficio por la Fiscal Penal No. 2 del Distrito Judicial Norte, Circunscripción Tartagal, es válida y no tendría el vicio alegado por el recurrente.

Sentado lo anterior, la jueza se dispuso a analizar los distintos argumentos en juego, con gran rigor y contundencia. Los expondré a continuación:

a) Afirmó que la Constitución y los tratados deben interpretarse de manera armónica<sup>115</sup>. Partiendo de allí,

No podría ser, entonces, 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 CN y 15 de la CP y en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22. Antes bien, entre la atribución estatal y los derechos aludidos hay una relación de necesaria complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales<sup>116</sup>.

b) En segundo lugar, recordó que según la Corte Suprema los derechos constitucionales no son absolutos<sup>117</sup>;

Desde tal punto de vista, la demandada 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 estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso<sup>118</sup>.

c) 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

<sup>115</sup> Cfr. *ibidem*, cons. 10.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> *Idem*.

<sup>118</sup> *Idem*.

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 vigencia en este país con rango constitucional desde el depósito de la ratificación, en el año 2000<sup>119</sup>.

d) La pretensión del recurrente se opone a lo establecido en el artículo 8 del Convenio 169,

conforme el cual y sin perjuicio de tomarse debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de la comunidad indígena a la que pertenece el individuo en cuestión (art. 8.1), resulta ineludible confrontar éstos con los bloques de legalidad y constitucionalidad señalados. Ello porque asiste a estos pueblos el derecho a 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” (8.2); más aún, el citado Convenio deja establecido que los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para reprimir –o no, cabe agregar– 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), aún cuando, a la hora de imponerse sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, se tengan en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (art. 10.1)<sup>120</sup>.

e) Partiendo de la existencia de los principios *pro homine* y *favor debilis*, sostuvo que de acuerdo con ellos

la vigencia de la “costumbre comunitaria” invocada por el recurrente como circunstancia apta para que se permita que la situación planteada a partir de la promoción de acción penal efectuada de oficio a fs. 11 por la Fiscal Penal N° 2, se resuelva de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario wichi y no de acuerdo al Código Penal Argentino, no constituye una razón apta para enervar la regla contenida en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT. Ello porque dicha costumbre no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional, sino 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, a lo que obsta firmemente el Pacto de San J. de Costa Rica, de cuyo Preámbulo emerge la relevancia superior de los derechos que hacen a los atributos de la persona humana. En efecto, el acceso carnal a menores cuya edad que, aunque fuere de modo impreciso, pueda situarlas en una franja entre los 9 y los 11 años —como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico—, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuesto consentimiento en virtud de

<sup>119</sup> Ibidem, cons. 11.

<sup>120</sup> Idem.

relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano [...]”<sup>121</sup>.

f) La jueza se pronuncia, también, acerca de lo que ella denomina “relativismo cultural”: Según la disidencia,

Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tienen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen [...], y defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. A la luz de estas dos afirmaciones, la actividad de organizaciones “occidentales” (como denomina la defensa a la cultura que supuestamente impide el desarrollo de la cultura wichí), tales como Amnistía Internacional, Unicef, etc., que intentan combatir ciertas prácticas consideradas aberrantes de comunidades nativas dentro de las cuales constituyen parte irrenunciable de su identidad cultural, es entendida como un acto destinado a destruir ese patrimonio cultural; según el relativismo cultural, en cambio, debería admitirse que dichas prácticas identitarias (como la mutilación genital femenina –clitoridectomía– o las relaciones sexuales de hombres mayores con niñas con las que se convive en razón de la unión parejal con la madre –matrimonio privignático–), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que han sufrido aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son “tomadas” por la pareja de la madre para formar una “forma típica de unión matrimonial”, vivirían en plenitud su identidad cultural. Las razones que dan los nativos para justificar estas prácticas son muy variadas, y de manera general se repiten en culturas muy diversas [...]. Las razones que la defensa del imputado brinda para convalidar este tipo de costumbres están resumidas en la frase “modo de vivir de la comunidad wichí”<sup>122</sup>.

La jueza aclaró, a continuación, que “otra opinión, sin embargo, expresan las propias mujeres indígenas cuando tienen oportunidad de expresarse sobre estos temas, circunstancia destacable en el marco de los agravios formulados por la recurrente [...]. Se colige de ello que la noción de costumbre parece bastante flexible y no se identifica siempre con lo antiguo –en comparación con lo nuevo–, sino más bien representa el comportamiento que se considera aceptado por la comunidad. Las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando los que las perjudican, en el sentido de que la ley no debe proteger y promover el desarrollo de todos los usos y costumbres”<sup>123</sup>.

Para resolver el dilema entre costumbre y norma la disidencia se valió también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

<sup>121</sup> Ibidem, cons. 12.

<sup>122</sup> Ibidem, cons. 13.

<sup>123</sup> Idem.

La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de evaluar determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América a los fines de la aplicación de la Convención, señalando en diversas oportunidades que muchas manifestaciones culturales de las comunidades indígenas forman el *substratum* de las normas jurídicas que deben regir las relaciones de sus miembros “inter se” y con sus bienes, en referencia a las constituciones políticas vigentes en los Estados que disponen sobre la preservación y el desarrollo de la identidad cultural y las formas propias de organización social de esos pueblos, reiterando que estas formas de manifestación cultural y auto-organización social se han concretado a lo largo del tiempo en normas jurídicas y en jurisprudencia, tanto en el plano internacional como nacional, y tuvo en cuenta las prácticas culturales de colectividades en diversas cuestiones [...]. Profundizó en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, destacando que la atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. Sin embargo afirmó, con igual claridad, que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. “Al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado ‘Relativismo Cultural’ [...]”<sup>124</sup>.

En definitiva,

de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana y al principio que reza que “se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos” (cf. Alston, informe Ed. Unicef cit., p. 59) –una de cuyas manifestaciones es la jerarquización del principio de “protección del interés superior del niño”–, se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto de J. F. R., de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela Tejerina<sup>125</sup>.

### 3.2.3. *Apuntes de solución*

El caso expuesto es, sin dudas, de una enorme riqueza. Me concentraré en algunos de los argumentos que justifican, en mi opinión, la crítica de lo decidido por la mayoría. Al hilo de ellos surgirán apuntes que contribuirán, me parece, a un mejor enfoque del problema que plantea el “derecho al propio Derecho”, mencionado al comienzo del epígrafe.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> Ibidem, cons. 15.

## a) La necesidad de conocer bien las circunstancias

Lo primero que llama la atención si se integra al estudio del caso lo que ocurrió luego del dictado de la sentencia es la existencia de un cuestionamiento del encuadre fáctico que hizo la mayoría. Ese cuestionamiento provino de un grupo de caciques y representantes de las comunidades wichis de Salta, adelantó una presentación ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Inadi) de la Argentina<sup>126</sup>. Según Octarina Zamora, cacique de la comunidad wichi de Honat Le les, 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”<sup>127</sup>. Quedó claro en la presentación que no todos los indígenas aceptan el matrimonio privagnático, y que muchos de ellos se oponen de modo frontal a su existencia.

Este tipo de casos presenta como dificultad constante la de determinar de modo preciso a qué norma o costumbre cultural nos estamos refiriendo. La primera crítica que puede hacerse al voto de la mayoría es la de no haber tenido en cuenta lo mencionado recién: la vigencia del matrimonio privagnático y su aceptación mayoritaria distan de ser hechos notorios, que no necesiten una prueba contundente.

## b) Restricciones internas y protecciones externas

En segundo lugar, puede ayudar a un correcto enfoque de lo planteado en el caso tomar la distinción que propuso hace unos años Will KYMLICKA. Según el profesor canadiense, debe distinguirse entre lo que él denomina restricciones internas y protecciones externas<sup>128</sup>. Se trata de

dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado.

<sup>126</sup> Algunos datos de la presentación, en *La Nación*, 24 de enero de 2007.

<sup>127</sup> *Idem*.

<sup>128</sup> Cfr. Will KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, trad. de C. Castells Auleda, 1996, cap. 3, pp. 57-76, p. 58. A una y otra reivindicación –continúa diciendo este autor– “se las conoce como ‘derechos colectivos’, si bien plantean cuestiones muy diferentes. Las restricciones internas implican relaciones *intragrupales*: el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo. Esto plantea el peligro de la opresión individual [...]. Las protecciones externas implican relaciones *intergrupales*; esto es, el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado. Esto también plantea ciertos problemas, no de opresión individual dentro de un grupo, sino de injusticia entre grupos” (pp. 58-59). Cfr., así mismo, Will KYMLICKA, “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, *Isegoría* 14 (1996), trad. de F. Colom, pp. 5-36. La propuesta ha sido objeto de múltiples apoyos y críticas. Entre nosotros, cfr. la crítica de Francisco José CONTRERAS PELÁEZ, “Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka”, en Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson y Universidad Carlos III, 2001; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Ciudadanía y definiciones”, *Doxa* 25 (2002), pp. 177-211. Una crítica más amplia, en Brian WALKER, “Plural Cultures, Contested Territories: A Critique of Kymlicka”, *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 30, No. 2 (Jun., 1997), pp. 211-234.

Se puede considerar que ambos tipos de reivindicaciones protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del disenso interno (por ejemplo, la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de decisiones externas (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor)<sup>129</sup>.

En opinión de KYMLICKA, mientras que las restricciones internas son rechazables, las protecciones externas no lo son –siempre y cuando se respete la igualdad entre los grupos–<sup>130</sup>.

Enfocado el asunto desde esta perspectiva, el caso que se ha presentado, al menos tal como fue interpretado por la mayoría del tribunal, brinda un ejemplo magnífico de una restricción interna. Si efectivamente el matrimonio privagnático fuese una costumbre de los pueblos wichis, la defensa de esa costumbre por parte del grupo frente al disenso interno de un miembro que se opone a ella configura un caso nítido de restricción interna inaceptable. Una justificación de la afirmación anterior requiere dar un paso más, lo que se intentará a continuación.

#### c) Proteger la dignidad y los derechos humanos

La inaceptabilidad de las restricciones internas descansa sobre lo siguiente. En primer lugar, un grupo (en este caso, los wichis) no puede utilizar a uno de sus miembros como medio para la defensa de su identidad cultural. Visto esto desde otro ángulo, el derecho a la identidad cultural no tiene como contenido todos los rasgos de una identidad cultural determinada, sino sólo aquellos rasgos cuya defensa resulta compatible con el tratamiento de cada uno de los miembros del grupo como un fin en sí mismo.

En segundo lugar, debe tenerse presente que el respeto incondicionado por parte del grupo de cada uno de los miembros que lo componen, su consideración como fines-en-sí-mismos, es una exigencia formal que carece de sentido si no se la dota de un contenido más o menos concreto. De allí la necesidad de acudir a los derechos humanos para entender de qué se está hablando cuando se afirma que determinado disenso interno no puede ser legítimamente combatido por un grupo. Los disensos internos cuyo combate es inaceptable son aquellos que resultan del ejercicio de un derecho humano.

Dicho lo anterior con otras palabras, desde una perspectiva algo más general: la idea de dignidad señala la manera como el grupo debe tratar a cada uno de sus miembros: como fines en sí mismos<sup>131</sup>; los derechos se refieren a y se fundamentan

<sup>129</sup> Will KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías* ob. cit., p. 58.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 111 y ss.

<sup>131</sup> Esto plantea dos preguntas: por qué se debe tratar de este modo a quien es digno, por un lado, y qué es lo que hace de alguien digno, por otro.

Respecto de lo segundo, cfr. Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp,

en un conjunto de bienes básicos cuya violación<sup>132</sup>, por su conexión con la dignidad, supone el tratamiento de alguien como algo, como medio para la obtención de un fin distinto de él mismo.

Un grupo podrá combatir un disenso interno si y sólo si ese disenso no frustra el ejercicio de algún derecho humano. El problema es determinar este punto. Hacerlo desde una reducción de los derechos humanos a modos de realizarse en la autonomía es imposible<sup>133</sup>. Desde este punto de vista, cada vez que se actúa, cualquiera sea el contenido concreto de la actuación, se puede aducir que se está ejerciendo un derecho humano. Así, el padraastro dirá que está realizándose en la dimensión de la “amistad”, según como su cultura lo entiende, o en la dimensión “integridad o bienestar física y psíquica”. Cuando, en cambio, los derechos humanos se vinculan con bienes humanos básicos se producen dos consecuencias que permiten, luego, una solución distinta de problemas como el aquí planteado<sup>134</sup>: a) hay muchos modos, tantos como culturas y personas, de realizar cada bien; b) hay ciertas conductas, algunas, que frustran la realización de algún bien humano, en uno y/o en los demás. Queda claro que no pueden aceptarse “oposiciones al disenso” en materias que en sí mismas son frustrantes de algún bien humano básico. No puede imponerse una costumbre cultural que en sí misma frustra el

---

trad. de D. Innerarity y J. Olmo, 1989, pp. 89-123. Dice este autor: “en la discusión acerca de la fundamentación de los derechos humanos tenemos que ocuparnos de una alternativa que parece insuperable. Para unos, los derechos humanos son entendidos como una reivindicación que corresponde a cada hombre en razón de su ser, de su pertenencia a la especie *homo sapiens*, es decir, de una determinada actualización de características propias a partir de su naturaleza. Para otros, los derechos humanos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, con lo cual depende del arbitrio del creador de tal sistema de derecho en qué consistan estos derechos, y cómo se delimite el ámbito de las reivindicaciones legítimas, es decir, quién es hombre en el sentido de la ley y quién no. Los representantes de la primera posición —esto es, del ‘derecho natural’— pueden hacer valer que la idea de derechos humanos se diferencia de la idea de derecho positivo precisamente porque determinaría aquel *minimum* que es sustraído de la arbitrariedad de un poder legislador. Sin esta prepositividad no tendría sentido hablar de derechos humanos, porque un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derecho. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables”, *ibidem*, pp. 89-90.

Los intentos de fundamentar la dignidad en la autonomía no permiten superar esta última aporía. Cfr., al respecto, Pedro SERNA, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en Carlos Ignacio MASSINI y Pedro SERNA (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 23-79; cfr., así mismo, Pilar ZAMBRANO, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político. Análisis crítico a partir del pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, *passim*; Carlos Ignacio MASSINI y Pilar ZAMBRANO, “Vida humana, autonomía y el final de la existencia. ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?”, en Guillermo BORDA, *La persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 105-136. La razón de fondo es que la autonomía no puede fundarse a sí misma. Cfr. una exposición de la relación entre este problema y la democracia en Pedro RIVAS, *Las ironías de la sociedad liberal*, México, UNAM, 2004, pp. 1-33. Cfr. la conexión entre universalidad, universalismo y autonomía en Caridad VELARDE, *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, prólogo de J. A. Pastor Ridruejo, Madrid, Civitas, 2003, pp. 95-107 y 121-122.

<sup>132</sup> Sobre el concepto de bien humano básico, cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., 2000, *passim* del mismo autor. *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, O.U.P., 1998, pp. 132-180. Cfr., así mismo, Alfonso GÓMEZ-LOBO, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, *passim*. Recientemente, cfr. Carolina PEREIRA SÁEZ, *La autoridad del derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Granada, Comares, 2008, *passim*, y Carlos Ignacio MASSINI, “Derechos y bienes humanos. Consideraciones valorativas a partir de las ideas de John Finnis”, Mendoza, *pro manuscripto*.

<sup>133</sup> Cfr. un trabajo sugerente al respecto en Gabriel LIMODIO, “Una doctrina permanente”, *El Derecho*, 12 de mayo de 2008, pp. 1-2.

<sup>134</sup> Cfr. los trabajos citados en la nota 134. Cfr., así mismo, Rodolfo VIGO, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, pp. 105-148.

ejercicio de algún bien humano básico. También queda claro que puede admitirse el derecho del grupo a “no tolerar” éste, cuando el disenso en sí frustra el ejercicio de algún bien humano básico. Lo que es más oscuro, es si el grupo tiene el derecho de imponer un modo de realización real de algún bien humano básico. Mi opinión es que no, porque otro de los bienes humanos básicos es, precisamente, el de elegir caminos personales de realización (cómo realizar en uno su condición de hombre). En todo caso, habrá que estudiar muy bien en qué consiste este bien, tarea que aquí se deja pendiente<sup>135</sup>.

Desde la perspectiva anterior, en el caso hipotético de que la comunidad wichi efectivamente tuviese como costumbre el matrimonio privagnático, no sólo no podría imponerla al disenso interno, sino que también sería legítimo que el Estado la castigase e intentara erradicarla.

Con respecto a lo segundo, la legitimidad de la acción estatal tendiente a castigar aquellas conductas que frustran el ejercicio de un derecho humano proviene de las exigencias de la dimensión prestacional de todos los derechos, mencionada líneas más arriba.

Con relación a lo primero, debe recordarse que muchos de los derechos humanos tutelan no sólo el ejercicio sino también, e incluso sobre todo, el no ejercicio de determinadas conductas (que constituyen su contenido). Es lo que ocurre, por ejemplo, con la libertad de expresión. Este derecho comprende la decisión y el efecto de expresarse de un determinado modo, y el derecho de no hacerlo. De modo similar, si el foco se traslada desde la expresión a la sexualidad, se percibirá que los derechos que se relacionan con ella: la intimidad, la vida privada y la libertad física, tutelan –si se dan determinadas condiciones adicionales que no vienen al caso– la decisión de tener y –sobre todo– de no tener relaciones sexuales con otra persona. Teniendo en cuenta lo anterior, la pretensión por parte de un grupo de fulminar el disenso de una mujer que se niega a tener relaciones sexuales con su padrastro es inaceptable porque instrumentaliza un derecho humano –y por eso a una persona– en aras de mantener intactos aspectos reprochables de su identidad cultural.

## BIBLIOGRAFÍA

ASSIES, Willem, “Indigenous peoples and reform of the state in Latin America”, in ASSIES, W., VAN DER HARR, G. Y HOEKEMA, A. (eds.), *The Challenge of Diversity: Indigenous Peoples and Reform of the State in Latin America*, Ámsterdam, Thela, 2000.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

BORDA, Guillermo, *La persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

<sup>135</sup> Cfr., al respecto, ROBERT GEORGE, *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, 1993, *passim*.

- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, "La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 108 (2003).
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Oscar. J., OJEDA REVAH, Diana, WODON, Quentin, GONZÁLEZ KÖNIG, Gabriel, "Do Indigenous Peoples Benefit from Poverty Programs?: Evidence from Mexico's 2000 Census", *Estudios económicos* 19, No. 1 (2004).
- CARNOY, Martín, SANTIBÁÑEZ, Lucrecia, MALDONADO, Alma, ORDORIKA SACRISTÁN, Imanol, "Barreras de entrada a la educación superior y a oportunidades profesionales para la población indígena mexicana", *Revista latinoamericana de estudios educativos* 32, No. 3 (2002).
- CARRASCO, Morita, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, International Work Group for Indigenous Affairs, Asociación de Comunidades Aborígenes, 2000.
- CARRIÓ, Genaro, "Nota sobre el caso de los números vivos", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, separata, La Plata, 1961.
- CASTILLO GÓMEZ, Juan Carlos, *El Estado-Nación pluriétnico y multicultural colombiano: la lucha por el territorio en la reimaginación de la Nación y la reivindicación de la identidad étnica de negros e indígenas*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- CIANCIARDO, Juan, "Para siempre, para todos. Los desafíos de la universalidad a sesenta años de 1948", *Persona y Derecho* 59 (2008).
- CIANCIARDO Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2 ed., Buenos Aires, Ábaco, 2009.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2007.
- CITRIN, Jack, SEARS, David, MUSTE, Christopher, WONG, Cara, "Multiculturalism in American Public Opinion", *British Journal of Political Science*, Vol. 31, No. 2 (Apr., 2001).
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, "Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka", en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III, 2001.

- COWAN, Jane K. "Culture and Rights after 'Culture and Rights'", *American Anthropologist*, New Series, Vol. 108, No. 1 (Mar., 2006).
- DOMINGO, Tomás de, "El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho", *Derechos y libertades* 7, No. 11 (2002).
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. y estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., 2000.
- FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- FREIDENBERG, Flavia y SÁNCHEZ LÓPEZ, Francisco, "El proceso de incorporación política de los sectores indígenas en el Ecuador: Pachakutik, un caso de estudio", *América latina hoy: revista de ciencias sociales* 19 (1998).
- GEORGE, Robert, *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, 2002.
- GRONDONA, Mariano F., *La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.
- ITURRASPE, Francisco, "Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarios en la Constitución venezolana de 1999", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, trad. de C. Castells Auleda, 1996.
- LONDOÑO LÁZARO, Maria Carmelina, "Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos. Reflexiones a partir de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en ABELLO GALVIS, Ricardo (coord.), *Derecho internacional: lo público, lo privado, los derechos humanos (en homenaje a Germán Cavallier)*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*, Universidad de Deusto, 2003.

- NATALE, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- NAVARRO FLORIA, Pedro, "El salvaje y su tratamiento en el discurso político argentino sobre la frontera sur, 1853-1879", *Revista de Indias LXI*, No. 22 (2001).
- PEREIRA SÁEZ, Carolina, *La autoridad del derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Granada, Comares, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio., "Ciudadanía y definiciones", *Doxa* 25 (2002).
- RIVAS, Pedro, *Las ironías de la sociedad liberal*, México, UNAM, 2004.
- SÁMANO RENTERÍA, Miguel Ángel, "Identidad étnica y la relación de los pueblos indígenas con el Estado mexicano", *Ra Ximhai: revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible* 1, No. 2 (mayo-agosto 2005).
- SEGOVIA, Gonzalo y SEGOVIA, Juan Fernando, "La protección de los indígenas", en A.A.V.V., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, t. I, p. 317-343, Buenos Aires, Depalma - Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995.
- SERNA, Pedro, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", en C. I. MASSINI y P. SERNA (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- SOBERO MARTÍNEZ, Yolanda, *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*, Tesis doctoral dirigida por Rafael Calduch Cervera, Universidad Complutense de Madrid, 1998.
- SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, 1989.
- SPENCER, Martin E. "Multiculturalism, 'Political Correctness', and the Politics of Identity Multiculturalism", *Sociological Forum*, Vol. 9, No. 4, *Special Issue: Multiculturalism and Diversity* (Dec., 1994).
- TRAVIESO, Juan A., "Los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales)", *Jurisprudencia Argentina* 1996-III-1031.
- TRICOT, Tito, "Democracia formal y derechos indígenas. Una aproximación a la relación actual entre el estado chileno y el pueblo mapuche", *Historia Actual Online* 12 (2007).

WALKER, Brian, "Plural Cultures, Contested Territories: A Critique of Kymlicka", *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, Vol. 30, No. 2 (Jun., 1997).

ZAMBRANO, Pilar, *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político. Análisis crítico a partir del pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005.

ZÚÑIGA GARCÍA-FALCES, Nieves, "Entrevista a Rodolfo Stavenhagen", en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* 102 (2008).