

XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2007.

A propósito de la situación jurídica de los pueblos indígenas argentinos a partir de la Reforma de la Constitución de la República Argentina de 1994.

Espíndola, Alfredo Martín (UNT / UNSTA).

Cita:

Espíndola, Alfredo Martín (UNT / UNSTA). (2007). *A propósito de la situación jurídica de los pueblos indígenas argentinos a partir de la Reforma de la Constitución de la República Argentina de 1994. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán, San Miguel de Tucumán.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-108/11>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

Título: A propósito de la situación jurídica de los pueblos indígenas argentinos a partir de la Reforma de la Constitución de la República Argentina de 1994

Mesa Temática Abierta: Eje1: Actores sociales y relaciones de poder. Mesa N° 2: Etnogénesis, incorporación estatal y formaciones nacionales siglos XIX-XXI

Universidad, Facultad y Dependencia:

-Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cátedra de Teoría del Estado. Cátedra de Pensamiento Político Contemporáneo y Teoría de la Democracia.

-Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Cátedra de Política Argentina siglos XIX y XX. Cátedra de Sistemas Políticos Comparados.

Autor:

Espíndola, Alfredo Martín. Auxiliar Docente Primera Categoría (Universidad Nacional de Tucumán). Jefe de Trabajos Prácticos (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino). Docente investigador categorizado por el CIUNT Categoría V.

Dirección, teléfono, fax y dirección de correo electrónico:

Avenida Mitre 543. San Miguel de Tucumán. Tucumán. (0381) 4301337. (0381)154442997. alfredoespindola@yahoo.com.ar

PRELIMINAR

Este trabajo tiene por objeto explorar el modo en que la situación jurídica de los pueblos indígenas argentinos resulta sustancialmente modificada a partir del reconocimiento de la diferencia en el ordenamiento jurídico argentino. Reconocimiento que tiene lugar con la Reforma del año 1994 de la Constitución de la República Argentina. En su desarrollo, en primer lugar se examinará la noción de diferencia como valor jurídico y el modo en que la misma se plasma en la Constitución de la República Argentina con la Reforma de 1994. En segundo lugar se analizará la denominada “cláusula indígena” ubicada en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución reformada. En tercer lugar se explorarán algunas de las demandas de los pueblos indígenas. Por último, se presentarán las conclusiones.

LA DIFERENCIA COMO VALOR JURÍDICO Y SU RECONOCIMIENTO POR EL CONSTITUYENTE DE 1994

Contraponiendo los términos modernidad/postmodernidad en el eje acuñado por Lyotard, Scavino¹ señala que la modernidad con la Ilustración concibió un sujeto transhistórico y transcultural, el Hombre, que semejante a Dios era un sujeto absoluto en los dos sentidos de la palabra: no relativo, universal; pero también ab-suelto, es decir, desligado de toda determinación histórica o cultural. Este sujeto era absolutamente libre en la medida en que resultaba autónomo por darse sus propias normas, por autolegislarse. La postmodernidad en cambio, no piensa en un sujeto universal y libre sino, por el contrario, en una multiplicidad de sujetos relativos y ligados a contextos históricos y culturales, al tiempo que pone de manifiesto que el sujeto de la Ilustración no fue sino un espejismo, una mera ilusión etnocéntrica².

¹ SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual –pensar sin certezas-*, Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 137-140

² Tal como lo pone de manifiesto Lyotard en *El diferendo*, la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” solo representa la voz de una comunidad particular que toma la palabra en nombre de toda la humanidad y le atribuye a ésta las peculiaridades de aquella. Sobre éste punto véase SCAVINO, Dardo, *La filosofía...*, op. cit., p. 141-142

En una posición que intenta guardar distancias respecto del debate en torno de sí el momento actual representa el fin de la modernidad que ha dado lugar al surgimiento de la postmodernidad, tal como lo sostienen Lyotard o Vattimo, o de si, en cambio, no constituye sino una manifestación de la modernidad misma en su versión más radicalizada que nunca como lo sostiene Giddens; Ruiz³ señala que la cultura contemporánea no permite pensar en un sujeto centrado, en grandes relatos o certidumbres incommovibles, en un progreso lineal e indefinido, en la entronización de la Razón. En la actualidad solo se verifica la presencia de un sujeto fragmentado y de ideas desordenadas, la ausencia de hilos conductores que guíen las reconstrucciones del pasado y los diseños utópicos del porvenir. Se desvanecen los grandes modelos que permitían identificar a los compañeros y a los enemigos. La historia ya no es una y los héroes ya no pueden distinguirse del resto de los mortales al haber perdido sus hazañas. El espacio se faceta y se multiplica y el tiempo se reduce al presente más próximo.

Modernidad y postmodernidad⁴ constituyen un par de términos que (en la medida en que se haga fincar al concepto de igualdad en su acepción producto de la raíz histórica de la ilustración) pueden considerarse en correspondencia directa con otro par; igualdad y diferencia. Pues bien, según aquí se afirma, a partir del análisis de ambos pares de términos pueden iluminarse los perfiles de la diferencia. Justamente en este sentido, aunque pensando fundamentalmente desde el discurso jurídico, Fariñas Dulce⁵ considera que mientras que la igualdad es el principal valor jurídico de la modernidad, la diferencia lo es de la posmodernidad. La modernidad construyó con la igualdad formal ante la ley una subjetividad individualista, abstracta, y ciega a toda diferencia. Si bien la igualación formal tuvo un rol decisivo en el progreso de los sistemas jurídicos y políticos, y en el reconocimiento y difusión de los Derechos Humanos; resulta evidente que su visión

³ RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2002, p. 61-63

⁴ A partir de aquí y en lo que sigue del trabajo designaremos a la situación de la cultura contemporánea como “postmodernidad” precisando que lo hacemos más por comodidad de expresión que por una incondicionada adhesión al enfoque de Lyotard

⁵ Fariñas Dulce, María José, Ciudadanía universal vs. ciudadanía fragmentada, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 2-1999

“hipersimplificada” del individuo y de las sociedades generó en la práctica, al negar la diferencia, grandes espacios de exclusión. Frente a esta constatación es que en la postmodernidad se hace presente la necesidad de hacer de la diferencia un valor jurídico, a partir de la construcción de una subjetividad en la que el individuo pueda ser comprendido desde sus raíces comunitarias. Una subjetividad heterogénea, plural, que incorpore a la diferencia. Y la inclusión de la diferencia como valor jurídico, partiendo de que el derecho no es sino un reflejo de las valoraciones sociales vigentes en el contexto de su emergencia, no es otra cosa que la explicitación, en su ámbito, del proceso a partir del cual se han gestado las demandas de los grupos sociales minoritarios. Para la autora, como puede observarse, la diferencia puede insertarse en el derecho en la postmodernidad como valor, del mismo modo que lo hizo la igualdad en el curso de la modernidad. Sin embargo, debe advertirse que en su propuesta ambos conceptos no se presentan como contrapuestos; son complementarios, de tal manera que reconocer la diferencia como valor jurídico no obsta al mantenimiento del valor jurídico igualdad, por el contrario, garantiza su más perfecta vigencia.

Para comprender la relación de complementariedad que Fariñas Dulce establece entre igualdad y diferencia con Scott⁶ puede sostenerse que el debate que tiende a enfrentar a ambos conceptos, en la medida en que pretende garantizar una opción por uno de ellos, en realidad conduce a un callejón sin salida por cuanto son en realidad interdependientes. Para demostrarlo acude a la deconstrucción derridiana y observa como la verdadera oposición binaria es “igualdad / desigualdad” y no “igualdad / diferencia”. El par “igualdad / diferencia” plantea una elección imposible por cuanto sus componentes descubren tan solo dos caras de una misma moneda, ambos dan cuenta de la igualdad que, tal como lo sostiene Amorós encierra en sí misma la diferencia⁷; y tanto una como la otra son una reacción contra la desigualdad. Ahora bien, conciliar igualdad y diferencia en el mundo del derecho constituye una tentativa que tanto en plano de la teoría como en el plano de la *praxis* resulta

⁶ Luna, Lola G., De la emancipación a la insubordinación: de la igualdad a la diferencia

Dirección URL: http://www.creatividadfeminista.org/articulos/fem_lolaluna.htm

⁷ AMORÓS, Celia, “Elogio de la vindicación” en RUIZ, Alicia E. C., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000

altamente compleja y, de hecho, este trabajo justamente propone explorar algunos aspectos de dicha complejidad en el derecho argentino.

Pues bien, habiendo presentado un breve análisis de la diferencia como valor jurídico si lo que se pretende es rastrearla en el ordenamiento jurídico argentino puede afirmarse que la misma adquiere plena visibilidad con la Reforma constitucional de 1994 que representa un cambio de paradigma en la Constitución. Para intentar comprender los alcances de esta afirmación puede tenerse en cuenta con Zagrebelsky⁸ que lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto (como puesto está, agregamos, el derecho positivo), necesariamente debe ser presupuesto. En ese sentido los grandes problemas jurídicos no se encuentran ni en las constituciones, ni en las leyes, ni en las sentencias ni en ninguna otra manifestación del derecho positivo; por el contrario, se hallan en la idea del derecho de la constitución, de las leyes, de las sentencias y de cualquier otra manifestación del derecho puesto. Idea del derecho que con la Teoría Crítica del Derecho⁹ que concibe a este último como práctica social que expresa y condensa los distintos niveles de conflicto social en una formación histórica determinada, puede entenderse que se vincula con las demandas de las sociedades sobre cuyas bases se construye. En el caso argentino, la idea de derecho desde la cual se concretó la Reforma constitucional de 1994 que cambió el paradigma constitucional parece haber sido la articulada en torno de las demandas de una sociedad pluralista marcada por la presencia de diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes a la que cabía acoger, reconocer, visibilizar. No obstante, corresponde precisar que en este trabajo se apuntan serias dudas en torno de si realmente la Reforma de 1994 reflejó las demandas de una sociedad pluralista por cuanto nos preguntamos: ¿realmente existía tal sociedad? En todo caso resulta más plausible pensar que lo que se reflejó fueron tan solo las demandas de una sociedad pluralista que se representaron los constituyentes (y no todos¹⁰) que llevaron adelante el proceso reformador.

⁸ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997, p. 9-18

⁹ CÁRCOVA, Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho” en COURTIS, Christian, *desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 30

¹⁰ Corroborar esta presunción de que no todos los constituyentes tuvieron en mira una sociedad pluralista exigiría emprender un análisis del proceso reformador que no realizaremos, no obstante claramente puede

Concretamente la diferencia como valor jurídico es recogida por la Reforma constitucional de 1994 de modo diseminado y multiforme a la largo de un nuevo capítulo que se agrega a la parte dogmática denominado “Nuevos Derechos y Garantías” y, asimismo, en varios incisos del artículo 75 que regula las atribuciones del poder Legislativo en la parte orgánica. Podría pensarse que tal tratamiento de la diferencia representa un caso de mala técnica legislativa por no haberse concentrado en alguna parte del texto constitucional toda la regulación de la misma, o al menos sus aristas fundamentales, intentando proceder de un modo semejante a como lo hizo el constituyente de 1853-60 en el artículo 16 con la igualdad. No obstante, en nuestra opinión, lo diseminado y multiforme de la regulación de la diferencia puede ser pensado como una manifestación más de la labilidad, complejidad y presencia constante de la diferencia en el nuevo paradigma constitucional que se presenta como funcional a una sociedad pluralista. Justamente reflejando lo que aquí denominamos reconocimiento diseminado y multiforme de la diferencia Gelli, empleando la expresión “institucionalización de la diversidad” para referirse a la diferencia, ofrece un valioso catálogo de las expresiones de la diferencia en la Constitución reformada al señalar que en la misma se consagra¹¹: a) la diversidad social cuando se exige respetar la identidad de los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17) y de los habitantes de los territorios bajo dominación extranjera que la República Argentina reclama (primera disposición transitoria); b) la diversidad personal al prohibirse la discriminación por razones de sexo, edad o discapacidad (artículo 75 inciso 22) y garantizarse el desarrollo de acciones positivas para garantizar la real igualdad de oportunidades y de trato (artículo 75 incisos 19 y 23); c) la diversidad étnica al reconocerse la preexistencia de los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17); d) la diversidad política al garantizarse la representación de las minorías de los partidos políticos (artículo 38) y la representación senatorial del partido que resulte segundo por número de votos (artículo 54); e) la diversidad electoral al asegurarse el voto igual a cada elector cualquiera sean las cualidades del sufragante (artículo 37); f) la diversidad educativa al garantizarse el dictado

advertirse tan solo examinando la heterogénea procedencia ideológica de los éstos que dicho modelo de sociedad no era compartido por todos.

¹¹GELLI, María Angélica, “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994” en *La Ley*, T. 1995-C. Sec. Doctrina, Buens Aires, 1995, p. 1149-1150

de leyes de base que respeten las particularidades provinciales y locales siempre que se compatibilicen con la unidad nacional que también se persigue (artículo 75 inciso 19); g) la diversidad cultural al asignarse al congreso el dictado de leyes que promuevan el desarrollo de las distintas manifestaciones culturales con el objeto de proteger tanto la identidad como la pluralidad (artículo 75 inciso 19); y h) la diversidad económica al reconocerse la desigualdad que existe entre usuarios y consumidores frente a productores y prestadores de bienes y servicios y que determina la adopción de medidas tendientes a protegerlos tales como la educación para el consumo, el control de los monopolios naturales y legales, el control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, la constitución de consumidores y usuarios (artículo 42).

LA CLAUSULA INDÍGENA

Si se tiene en cuenta específicamente la situación jurídica de los pueblos indígenas luego de la Reforma Constitucional de 1994 fácilmente se advierte que la misma se modifica sustancialmente a partir del reconocimiento de sus derechos a la identidad, a la educación, a la personalidad jurídica, a las tierras y a participar en la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afectan. A los fines de este trabajo y por razones de espacio en lugar de analizar cada uno de los derechos en lo relativo a sus contenidos y a los debates a los que han dado lugar en la doctrina y en la jurisprudencia argentinas me limitaré a examinar a la cláusula indígena en su conjunto.

En el sentido consignado constituye una cuestión central el debate que ha dividido a la doctrina entre quienes consideran que el inciso 17 del artículo 75 resulta violatorio del artículo 16 de la Constitución, por consagrar prerrogativas de sangre y de nacimiento de las que no goza ningún otro argentino; y quienes consideran lo contrario. En el primer grupo se encuentran Gonzalo y Juan Fernando Segovia, que sostienen que la cláusula indígena maquilla con los nombres de “igualdad” y “derechos” lo que configura en realidad la consagración de una marcada desigualdad. Explican que dicha desigualdad se plasma en una serie de privilegios que son tales porque el acceso a los mismos depende de la

pertenencia a una raza; lo cual a su vez torna imposible la movilidad social¹². También se ubica en esta posición Alberto Natale al afirmar que la cláusula indígena consagra verdaderos privilegios que no corresponde aplicar a los pueblos autóctonos contemporáneos por cuanto estos no tienen remedo con los indios del siglo pasado ya que están incorporados a la vida del país, más allá de que traten de mantener características culturales propias¹³. Entre quienes consideran que la cláusula indígena no resulta violatoria del artículo 16 de la Constitución nacional puede mencionarse a Bidart Campos. Para este autor el derecho a la igualdad solo puede ser considerado desde una perspectiva dinámica e histórica, perspectiva que permite que el derecho a la igualdad se convierta en trato igual a quienes se encuentran en iguales situaciones, y, en cambio, trato diferente a quienes se encuentran en situaciones distintas, según antigua y consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo demás, esta es la perspectiva que permite extender el derecho a la igualdad hasta comprender al derecho a la identidad y al derecho a la diferencia, de modo tal de poder considerar como derechos, y no como privilegios, a una serie de protecciones que tienen por base el nacimiento o la sangre. Es el caso de la tutela al niño, al anciano, a la mujer o a los herederos; protecciones que son recogidas por diversas normas internacionales, dotadas de jerarquía constitucional, que prohíben la discriminación y consagran la discriminación inversa. Incluso, sostiene el autor, asumiendo de manera hipotética la posición de la tesis contraria, admitiéndose que el inciso 17 del artículo 75 resulta violatorio del artículo 16 por consagrar privilegios de sangre y de nacimiento, esa contradicción podría superarse: bastaría con tomar como punto de partida la idea de que la Constitución documental constituye una unidad indivisible de normas que corresponde siempre armonizar teniendo en cuenta que no existen relaciones intrajerárquicas entre ellas por cuanto todas ostentan igual supremacía. Siendo así, se podría concluir que la norma del artículo 16 contiene un principio general (prohibición de los privilegios de sangre y de nacimiento), y la norma del inciso 17 del artículo 75 un principio específico de excepción

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., "Los derechos de los pueblos indígenas argentinos", *La Ley*, T. 1996-B. Sec. Doctrina, Buenos Aires, 1996, p. 1203.

¹³ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional.*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 537.

(consagración de privilegios de sangre y de nacimiento a favor de los pueblos indígenas)¹⁴. En mi opinión la interpretación de Bidart Campos refleja con mayor fidelidad el cambio de paradigma de la constitución reformada y se ajusta a la interpretación más consolidada respecto de las relaciones entre normas constitucionales.

Otra cuestión que conviene explicitar en el marco del examen global de la cláusula indígena es la que resulta del primer párrafo de la misma que establece que el Congreso reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Sobre este punto Ekmekdjian sostiene que el párrafo en cuestión demuestra que la cláusula tiene una ubicación técnicamente defectuosa porque el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas no es una atribución del Congreso sino, por el contrario, una declaración y, como tal, debió haberse incluido en la primera parte de la Constitución. Asimismo señala que no puede interpretarse la atribución conferida al Congreso como una prohibición de negar el acervo cultural indígena destinada específicamente a este órgano dado que, en todo caso, se extiende a todos los poderes del Estado y no solo al Legislativo¹⁵. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como señala Bidart Campos, la cláusula tiene un sentido simbólico y reparador¹⁶ y que, como agrega Kiper¹⁷, la preexistencia de los pueblos indígenas en el territorio argentino ya se encontraba implícita en las proclamas revolucionarias de 1810, en las Actas de la Asamblea de 1813 y en la Declaración de la Independencia de 1816. Resulta innegable que, como lo sostiene Ekmekdjian¹⁸, una constitución metodológicamente prístina no debiera ocupar su texto en reconocimientos simbólicos cuando su objetivo en principio no es otro que el de limitar el poder del Estado, no obstante, debe advertirse que al hacerlo respondió a una postergación histórica de los pueblos indígenas y a la necesidad de superarla.

Por último, con relación al sentido en el que es empleada la expresión “pueblos indígenas” en la cláusula, si bien la palabra “pueblo” puede entenderse como equivalente a población, esto es, como concepto que designa a grupos sociales que componen el conjunto

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., "Los derechos...", op. cit., p. 1208.

¹⁵ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado...*, op. cit., t. IV, p. 531.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual...*, op. cit., t. III, p. 118.

¹⁷ KIPER, Claudio Marcelo, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi- José Luis Depalma Editor, Argentina, 1998, p. 367

¹⁸ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado...*, op. cit., t. IV, p. 532.

humano o elemento personal de un Estado (así lo hace, por ejemplo, Bidart Campos¹⁹); primariamente pienso que remite a la idea de un grupo social dotado de una autonomía y peculiaridades que lo diferencian de cualquier otro grupo social. Ahora bien, en éste trabajo sostengo que la cláusula indígena emplea al término pueblo no como mero sinónimo del término población, afirmación que puede corroborarse con la regulación que de las comunidades indígenas – orden o unidad en la que se reconocen los pueblos indígenas entre sí- hace la propia cláusula en su segundo párrafo. Por lo demás, resulta indudable que la expresión “pueblos indígenas” tiene la particularidad de nombrar y explicitar las dificultades e incertidumbres que genera la recepción de la noción de diferencia en un ordenamiento jurídico edificado sobre la igualdad racionalista de la modernidad.

Sin embargo, no puede dejar de observarse que la cláusula específicamente alude a “pueblos indígenas argentinos”, y no a “pueblos indígenas” con lo que parece consagrar la figura del “indio binacional”²⁰, esto es, la del indígena que se reconoce como miembro de dos naciones: la del grupo mayoritario dominante (en el caso argentino, la nación argentina) y la del grupo minoritario (nación indígena, o, más precisamente, nación indígena del pueblo particular de pertenencia, como, por ejemplo, nación mapuche o nación kolla). En este sentido, desde la cláusula misma se explicita la tensión que existe entre igualdad y diferencia al abrir camino a una doble identidad tratándose de los indígenas: la identidad a la medida del Estado Nación que se asocia con la ciudadanía que fundamentalmente menta una idea de igualdad; y, asimismo, la identidad indígena que se asocia con la diferencia. Para Gelli la expresión “pueblos indígenas argentinos” representa una forma de preservar la pervivencia de un único Estado Nacional al conciliar la identidad originaria de los pueblos indígenas con la identidad nacional de la Constitución histórica. Ahora bien, resulta evidente que la apuesta por conciliar una identidad apoyada en la pertenencia a un grupo étnico con la que se sustenta en la pertenencia a un Estado no se resuelve desde la simple consagración normativa de la pretensión de conjugarlas.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual...*, op. cit., t. III, p. 118-119.

²⁰ La expresión “indio binacional” es empleada por Manuel Lucena Salmoral. Véase LUCENA SALMORAL, Manuel, “Identidad de los pueblos indígenas” en ARAGÓN, Manuel, BETANCOR, Andrés, CARRIÓ, María Elisa, et al, *La constitución argentina de nuestro tiempo, Ciudad Argentina*, Buenos Aires, 1996, p. 263

UNA APROXIMACIÓN AL COMPORATAMIENTO COMO ACTOR SOCIAL Y LAS DEMANDAS DE AUTOGOBIERNO Y DE RECONOCIMIENTO DE SUS PRODUCCIONES JURÍDICAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Partiendo de lo analizado más arriba puede sostenerse que el derecho argentino ha receptado el derecho a la diferencia y, en particular, respecto de los pueblos indígenas, su derecho a una existencia cultural alterna. Sin embargo también creo que tratándose del caso particular de los pueblos indígena aún cuando el inciso 17 del artículo 75 consagra el derecho a la diferencia, de manera igualmente intensa desnuda la dificultad de articular el naciente derecho a la diferencia con un ordenamiento jurídico surgido de un contexto racionalista, individualista y homogeneizador. Dificultad que se encarna con particular intensidad en múltiples sentidos. Sin embargo, aquí específicamente se analizarán las dificultades apuntadas a propósito del desempeño de los pueblos indígenas como actor social subnacional que interpela al Estado y a la Comunidad Internacional y, asimismo, a propósito de dos demandas indígenas concretas al Estado: demandas de autogobierno y de reconocimiento de sus producciones jurídicas.

En lo relativo al comportamiento de los pueblos indígenas como actor social Carrasco afirma que se presentan como un actor social *sui generis* que, sin mayores dificultades, asumieron en un primer momento (desde el contexto propiciado por el desarrollo de la globalización) el discurso universalista de los derechos humanos para, posteriormente, adoptar, aunque esta vez desde el ámbito del multiculturalismo, el discurso particularista de la diferencia²¹. Y del mismo modo que adoptaron discursos opuestos (aunque es evidente que ambos tienen algo en común: son la manifestación de la crisis del Estado-nación y de los ejes de adscripción por él creados, y su consecuente sustitución por otros alternativos²²) “demandan” a un “Otro” (y al hablar de un “Otro” me refiero tanto a los Estados de los que son ciudadanos, como a la Comunidad Internacional en su conjunto)

²¹ CARRASCO, Morita, "La juridización de lo indígena en Argentina", *Desarrollo agroforestal y comunidad campesina. Revista del Proyecto Desarrollo Agroforestal en Comunidades Rurales del NOA*, Año 7, Número 33, Febrero- Marzo 1998, 18-19.

²² Sobre esta cuestión Véase YANNUZZI, María de los Ángeles, "La crisis del Estado-Nación. Algunas reflexiones teóricas" <http://www.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k01-04.htm>

un reconocimiento, al mismo tiempo que lo cuestionan. En otras palabras, exigen de los actores internacionales (Estados, Organizaciones internacionales, Organismos internacionales) auxilio para el financiamiento de su desarrollo y, al mismo tiempo, cuestionan el discurso universalista de los derechos humanos que fue la base de toda la construcción jurídica, en los derechos internos y en el derecho internacional, de protección de sus derechos. A su vez, de modo semejante, exigen del Estado asistencia y protección y, al mismo tiempo, cuestionan su soberanía y la expresión jurídica de la misma.

Contradicciones como las apuntadas son las que tienen un rol preponderante en las dificultades que experimentan los pueblos indígenas a la hora de construir un discurso claro, consistente y coherente que seguramente les permitiría contar con una posición más favorable, de cara a mejorar la pobreza, el aislamiento y la exclusión en los que muchos de ellos viven. Asimismo, son estas contradicciones las que tienden a facilitar la subordinación de sus propias ideas, conceptos y finalidades a las usinas centrales del poder y del saber, tanto en las instancias nacionales como internacionales²³.

Tratándose de las demandas concretas de los pueblos indígenas a las que más arriba se ha hecho referencia (demandas de autogobierno y de reconocimiento de sus producciones jurídicas) considero que las mismas de alguna manera pretenden que el Estado extienda su reconocimiento y rol frente a la diferencia hasta límites que amenazan su estructura misma, al atacar a su elemento espacial (demandas de autogobierno con sus consiguientes riesgo de fragmentación) y a su elemento poder (demandas de admisión del pluralismo jurídico). Tal pretensión, justamente por atacar los elementos que configuran al Estado en tanto que tal previsiblemente no pueden ser verdaderamente atendidas.

En cuanto a las demandas de autogobierno, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no incluyó el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pero el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos sí lo hizo. Y si bien dicha consagración en el seno de la ONU respondió al contexto histórico resultante de la descolonización, en la últimas décadas los indígenas han comenzado a luchar para ser reconocidos como “pueblos” con el objeto de ser titulares del derecho de autodeterminación²⁴. Y es en el ámbito del derecho a

²³ CARRASCO, Morita, "La juridización...", op. cit. p. 19.

²⁴ SIEDER, Rachel y WITCHELL, Jessica, "Impulsando las demandas indígenas a través de la ley: Reflexiones sobre el proceso de paz en Guatemala". El artículo fue publicado originalmente en inglés bajo el

la autodeterminación que surgen las demandas de autogobierno. Si bien éstas en general no se traducen en el anhelo de formar unidades políticas separadas²⁵ (por el contrario, se expresan como reclamos de mayor representación en el gobierno federal y en los gobiernos locales, o en la búsqueda de arreglos federales o regionales de autonomía) dejan traslucir esa finalidad generando expectativas irreales en los pueblos indígenas que, y este quizás es el mayor inconveniente, obstaculizan a los procesos de debate y negociación.

En cuanto a las demandas de reconocimiento del pluralismo jurídico, antes de analizarlas conviene realizar algunas precisiones previas. En primer lugar hay que tener en cuenta que la pluralidad jurídica puede ser definida como la existencia simultánea –dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos; basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la estructura social que ocupan los actores sociales²⁶. Mientras que para el monismo jurídico a cada Estado le corresponde un único sistema jurídico (fórmula que en la identificación kelseniana entre Estado y derecho encuentra su expresión más pura), el pluralismo jurídico admite que hacia el interior de un Estado coexistan varios sistemas jurídicos. Pues bien, los pueblos indígenas a partir del momento en que adoptan el discurso particularista del multiculturalismo, junto al discurso universalista de los derechos humanos que ya habían adoptado y con el cual el primero se contradice según ya se examinó; reclaman de los

título "Advancing Indigenous Claims Through the Law: Reflections on the Guatemalan Peace Process", en Cowan, Jane, Dembour, Marie y Wilson, Richard, *Culture and Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Dirección URL: <http://www.ucm.es/info/america2/mayab.htm#11M>

²⁵ Conviene señalar que en este trabajo especialmente hago referencia al caso de los pueblos indígenas argentinos y no a los pueblos indígenas latinoamericanos en general. La precisión se orienta a tener en cuenta fundamentalmente que los pueblos indígenas argentinos constituyen una minoría numéricamente muy escasa sobre el conjunto de los habitantes de su Estado. Seguramente algunas lecturas, especialmente las relativas a las demandas de autogobierno, variarían en aquellos Estados en los cuales los pueblos indígenas constituyen la mayoría de la población o un número muy significativo de ésta (Bolivia, Ecuador, Colombia).

²⁶ CABEDO MALLOL, "Derecho consuetudinario y jurisdicción indígena", *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universitat de Valencia*, N° 25 (otoño de 1998), Valencia, España..

Dirección URL: <http://geocities.com/alertanet/index.html>

Estados de los que son ciudadanos el reconocimiento de sus sistemas jurídicos en tanto productos culturales que deben sumarse como un aspecto más del reconocimiento de sus derechos culturales. En segundo lugar conviene precisar que al hablar de los sistemas jurídicos indígenas se hace referencia al llamado derecho indígena o derecho consuetudinario aborigen que siempre es ágrafo, emana de los pueblos indígenas y debe distinguirse del derecho indigenista o derecho indiófilo, que es el derecho estatal que se refiere a los indígenas²⁷. Sobre las precisiones expuestas puede sostenerse que el pluralismo jurídico toma como punto de partida una consideración estática del sistema jurídico único como atributo del Estado. No tiene en cuenta que, como lo señalan Sieder y Witchell²⁸, aún cuando la ley estatal se ha proyectado a sí misma como un sistema ordenador de lo social acompañado, la antropología jurídica ha demostrado que múltiples son los órdenes normativos alternativos que operan en la periferia de los regímenes legales oficiales, incluso con su consentimiento. Sobre éste último caso piénsese, por ejemplo, en la admisión de la costumbre *secundum legem* y de la *praeter legem* que, agrego, el Código Civil argentino reconoce en su artículo 17. Los sistemas jurídicos pueden ser entendidos como lugares de disputa de significados en donde las ideas y los valores dominantes proveen el marco para la contestación y también para avanzar en el entendimiento y en prácticas alternativas. La ley se encuentra constantemente negociada y reconfigurada en una dinámica dialéctica entre proyecciones hegemónicas y acciones contra-hegemónicas. Un ejemplo de este modo de operar del sistema jurídico único lo revela precisamente la cláusula indígena de la Reforma constitucional de 1994 dado que surgió, principalmente, a partir de las presiones de un significativo *lobby* indígena.

Más allá de las objeciones de orden sustancial que podrían formularse respecto del reconocimiento del pluralismo jurídico (contradicción con el discurso universalista de los derechos humanos que, por lo demás, ya hizo crisis en Colombia, México y otros Estados de América Latina frente a diversidad de normas de derecho indígena que consagran, por

²⁷ SLAVSKY, Leonor y ZAPIOLA, Luis M, "Reflexiones jurídicas en torno a la multiculturalidad y la resolución alternativa de conflictos", ponencia presentada en el Congreso de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, Arica, 2000.

Dirección URL: <http://geocities.com/alertanet/index.html>

²⁸ SIEDER, Rachel y WITCHELL, Jessica, Impulsando..., op. cit.

ejemplo, la penalización del chisme; la admisión de sacrificios humanos para garantizar la fortaleza de un puente; o la discriminación a la mujer en el desempeño de funciones de gobierno) considero que su desarrollo puede llegar a consolidar al paradigma dominante que pretende atacar. En otras palabras, las presiones por el reconocimiento del derecho a la diferencia por parte del Estado (hasta el extremo de pretender que abandone su posición de monopolio en la creación y aplicación del derecho) creo que pueden intentar ser resueltas por éste mediante una admisión gatopardista del pluralismo jurídico que solo encapsule las demandas de los más débiles y las expulse normalizadas o codificadas en clave del paradigma dominante. En este sentido quizás el reconocimiento del derecho indígena por parte del Estado no representaría sino un avance de la jurisdicción estatal para regular órdenes normativos que ya existían, y sobre los cuales no tenía todavía un control total. Y ésta hipótesis se verifica cuando se examinan las normas estatales que reconocen o admiten expresamente al derecho indígena (no es el caso del derecho argentino) y se observa que, en definitiva, quien decide cual costumbre en particular se reconoce y cual no, es el Estado, por cuanto siempre la admisión del derecho o la jurisdicción indígenas es bajo condición de no contrariar al derecho estatal. Ejemplos de esta situación se observan en muchos textos constitucionales:

a) A partir de agosto de 1994 en Bolivia artículo 171 reconoce que “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes” A esto agrega que la ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.

b) En Colombia desde 1991 el artículo 246 establece que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. A esto agrega que la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

c) En Ecuador la Constitución de julio de 1998, establece en el Artículo 191 que “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus

costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”. A esto agrega, la ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

d) Desde 1993 la Constitución peruana dispone en el artículo 149 que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.” A esto agrega que, la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz

e) En Venezuela a partir de 1999 la Constitución dispone en el artículo 260 que “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

f) En Paraguay la Constitución a partir de 1992 en el artículo 63 establece que los indígenas tienen derecho a la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. A continuación agrega que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha intentado examinar la situación jurídica de los pueblos indígenas argentinos a partir de la Reforma Constitucional de 1994 como una forma de explicitar el modo en que, a partir de dicho momento, la diferencia se incorpora como valor jurídico al derecho positivo argentino. El enfoque adoptado ha buscado guardar distancia del generalizado discurso celebratorio de la incorporación de la cláusula indígena al derecho positivo argentino no porque dicha incorporación no sea digna de elogio sino porque entiendo que muchas veces facilita soslayar las dificultades que encierra la inclusión de la diferencia como valor jurídico inscripto en el horizonte del pensamiento postmoderno

en un ordenamiento jurídico vaciando en la igualdad formal de la modernidad. En este sentido especialmente se ha prestado atención al comportamiento de los pueblos indígenas como actor social del nivel subnacional que entabla relaciones con el Estado del que forma parte y con la comunidad internacional y a sus demandas concretas de autogobierno y de reconocimiento del pluralismo jurídico. Si opté por no ilustrar las mencionadas dificultades considerando el problema de la tierra (en el caso argentino el marco de comprensión de esta problemática es la propiedad comunitaria que consagra la cláusula indígena) fue tanto por razones de extensión del trabajo, como porque se trata de una cuestión tan debatida que tiende a erigirse en “la” problemática indígena cuando en realidad no es sino una parte de ella. Problemática que invita a ensayar distintas articulaciones posibles entre igualdad y diferencia, entre modernidad y postmodernidad tanto en la teoría como –y fundamentalmente- en la *praxis* de la política y el derecho buscando guardar distancia de soluciones definitivas y no sujetas a revisión por cuanto de los que se trata es de lograr en la medida de lo posible, la convivencia de valores, prácticas y principios diversos y, en muchas oportunidades, contradictorios²⁹.

²⁹ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho...*, op. cit., p. 9-18

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, Celia, “Elogio de la vindicación” en RUIZ, Alicia E. C., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Los derechos de los pueblos indígenas argentinos", *La Ley*, T. 1996-B. Sec. Doctrina, Buenos Aires, 1996
- CÁRCOVA, Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho” en COURTIS, Christian, *desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001
- CARRASCO, Morita, "La juridización de lo indígena en Argentina", *Desarrollo agroforestal y comunidad campesina. Revista del Proyecto Desarrollo Agroforestal en Comunidades Rurales del NOA*, Año 7, Número 33, Febrero- Marzo 1998
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional.*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 1997
- GELLI, María Angélica, “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994” en *La Ley*, T. 1995-C. Sec. Doctrina, Buenos Aires, 1995
- KIPER, Claudio Marcelo, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, Argentina, 1998
- LUCENA SALMORAL, Manuel, “Identidad de los pueblos indígenas” en ARAGÓN, Manuel, BETANCOR, Andrés, CARRIÓ, María Elisa, et al, *La constitución argentina de nuestro tiempo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996
- RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2002
- SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual –pensar sin certezas-*, Paidós, Buenos Aires, 1999
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1997

SITIOS WEB

- CABEDO MALLOL, "Derecho consuetudinario y jurisdicción indígena", *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universitat de Valencia*, N° 25 (otoño de 1998), Valencia, España..

Dirección URL: <http://geocities.com/alertanet/index.html>

- Fariñas Dulce, María José, Ciudadanía universal vs. ciudadanía fragmentada, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 2-1999

Dirección URL: <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/Farinas.html#3>

- Luna, Lola G., De la emancipación a la insubordinación: de la igualdad a la diferencia

Dirección URL: http://www.creatividadfeminista.org/articulos/fem_lolaluna.htm

- SIEDER, Rachel y WITCHELL, Jessica, "Impulsando las demandas indígenas a través de la ley: Reflexiones sobre el proceso de paz en Guatemala". El artículo fue publicado originalmente en inglés bajo el título "Advancing Indigenous Claims Through the Law: Reflections on the Guatemalan Peace Process", en Cowan, Jane, Dembour, Marie y Wilson, Richard, *Culture and Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Dirección URL: <http://www.ucm.es/info/america2/mayab.htm#11M>

- SLAVSKY, Leonor y ZAPIOLA, Luis M, "Reflexiones jurídicas en torno a la multiculturalidad y la resolución alternativa de conflictos", ponencia presentada en el Congreso de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, Arica, 2000.

- YANNUZZI, María de los Ángeles, "La crisis del Estado-Nación. Algunas reflexiones teóricas" <http://www.fices.unsl.edu.ar/~kairos/k01-04.htm>