

**Consecuencias jurídicas del sintagma. “Reconoce(R) la preexistencia cultural”:
Arts. 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 Inc. 1 de la salteña**

Violeta Graciela Herrero

Resumen:

Me pregunto, como punto de partida de este trabajo, si de los textos constitucionales mentados en su título es posible deducir que tanto el Estado nacional como el provincial se encuentran obligados a reconocer también los sistemas jurídicos de las etnias originarias (Derechos Consuetudinarios Indígenas). Y, en caso afirmativo, cómo habría de procurarse su integración intercultural (no por asimilación) con el Derecho Nacional. Si bien el interrogante (y su respuesta) podría ser aplicado a cualquier país latinoamericano, dedicaré estas reflexiones a la realidad del Estado Nacional Argentino.

No es ocioso recordar que éste se erigió sobre catorce preexistentes provincias y diez territorios nacionales, mediante el uso de la coacción o el acuerdo, y de tres procesos: la búsqueda de integridad territorial, de identidad nacional y de organización de un régimen político. La cuestión del territorio único implicó fundamentalmente violencia física: represión de las “montoneras” y campañas militares al “Desierto” y al Chaco. La imposición de una identidad única se escribió con violencia epistémica, mediante tres prácticas disciplinarias: la redacción de constituciones, manuales de urbanidad y gramáticas de la lengua; estas tecnologías de subjetivación tuvieron la escritura como denominador común, ya que “la palabra escrita construye leyes e identidades nacionales”, y legitima instituciones como escuelas, hospicios, talleres y cárceles, y discursos hegemónicos cual mapas, gramáticas, constituciones, manuales y tratados de higiene. Vale recordar, a guisa de mero ejemplo, el manual de urbanidad de Carreño (1854), destinado a formar un “buen ciudadano” –no un buen indio, buen negro, buen gaucho, ni buen campesino-: se trataba de configurar los sujetos epistemológicos y morales que necesitaba la modernidad, habitantes de la “ciudad letrada”. De este modo se obtuvo la “invención del otro”, discurso de carácter etnoeurocéntrico y, por cierto, excluyente e inferiorizante. Fray Bartolomé de las Casas consideraba que el descubrimiento de América había representado un verdadero “encubrimiento” (tema retomado por Dussel): fue un “no reconocer al otro, no darle lugar como un igual en una comunidad de comunicación argumentativa, en un grupo de intercambio y ejercicio de lo razonable” La variada literatura que se ha ocupado de la colonización de América Latina y del problema indígena denuncia detalladamente los mil modos de que se valió España (no abordó la modalidad portuguesa porque ancló la reflexión en nuestro país) para someter, denigrar y explotar a quienes, reduccionistamente, se llamó “indios” –en total invisibilización de la existencia de numerosas “naciones indígenas”-. Útil será recordar la discusión entre Las Casas y Ginés de Sepúlveda –en Valladolid- donde se debatió sobre la racionalidad y la humanidad de los nativos de las nuevas tierras. Si bien triunfó la buena doctrina (en 1537 la bula “*Sublimis Deus*”, de Paulo III, los reconoció “seres humanos” capaces de recibir y comprender la fe cristiana), en la práctica triunfaron el discurso racista –inspirado en su color de piel- y la falacia naturalista –que los estimó salvajes, incapaces de derecho, y necesitados de sometimiento y conversión-. Obviamente, tan perverso discurso –enunciado desde el lugar de la “cultura y civilizada Europa”- invisibilizó las culturas indígenas, con todo el bagaje que ellas implican y, aunque para la época preindependentista la narrativa de la construcción del Estado-Nación incorporó a los “indios”, al organizarse éste y darse un régimen político, una *cultura nacional única* quedó en pie, con doloroso olvido de todas las promesas hechas en el período de la preindependencia. Cabe agregar que en la actualidad, etapa que solemos denominar posmodernidad, la cuestión de los pueblos originarios en todo el sistema-mundo se ha profundizado debido a la “globalización económica, librada a su dinámica de espacio y tiempo, bajo el esquema del Consenso de Washington”, cuyo rasgo descollante es el de modificar constantemente las territorialidades. Parte de esas modificaciones, sin duda, tienen lugar por el cada vez más firme avance de las empresas multinacionales u otros grandes capitales, cuando adquieren terrenos que tradicionalmente han estado ocupados por pueblos aborígenes. En Salta, lugar donde se redacta este trabajo, el gobierno provincial ha otorgado permisos de desmonte indiscriminados –a veces para monocultivos como el de la soja-, desoyendo normativas claras y contribuyendo con ello al exterminio de bosques y fauna nativos; como consecuencia, las personas de las etnias afectadas sufren arrinconamiento y despojo

de su hábitat y modo de vida, lo que también jaquea su cultura. “El neoliberalismo”, según Bourdieu, “resulta ser ‘un programa de destrucción metódica de colectivos sociales’.” (Citado por Carrasco, Morita – Zimmerman, Silvia, “Argentina: el caso Lhaka Honhat, Informe 1, 2006).

Así planteadas las cosas, válido es demandarse si las formas jurídicas consuetudinarias deben ser consideradas arcaicas, patrimonio histórico y, por ende, subordinadas al Derecho vigente, o si es posible explorarlas como verdaderas formas de relación social, con vista a la creación de nuevas formas jurídicas.

Realizo en la ponencia un recorrido por los conceptos de ‘cultura’ y ‘Derecho’, diferencio el Derecho Nacional y los Derechos Consuetudinarios Indígenas, y me detengo en el ‘derecho de propiedad’. Allí trabajo el concepto de la importancia del hábitat para las civilizaciones agrarias de nuestro país, la fuerza psíquica de la tierra y los graves daños que significaron el genocidio, el despojo y los desplazamientos/arrinconamientos. Trato sobre ‘propiedad indígena’ y ‘posesión indígena’.

Me planteo si es posible actualmente la existencia de un Derecho Plurinacional, Pluriversal o Multicultural Argentino, tomando en cuenta la Constitución de 1994. Mi respuesta es SÍ, aunque por cierto habrá que trabajar con ahínco y cuidado para establecer un nuevo Derecho que abarque las diversidades de estas naciones indígenas de las cuales quedan aún descendientes. Entendiendo que ello debería ir acompañado de aquella solución que ya dispuso en un caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligando al Estado de Guatemala a efectuar un relevamiento de tierras ancestralmente ocupadas, y expropiarlas a su costa de quienes las estuvieran ocupando, para entregarlas en las condiciones de los tratados internacionales, a sus verdaderas propietarias ancestrales.

En Latinoamérica, la modernidad colonial, bajo los signos de la espada y la cruz, produjo un brutal genocidio y un cruel sometimiento, que abarcó incluso lo político y jurídico; cuando esta situación no había cambiado todavía en la forma esperada por las naciones indígenas, sobrevino en el Subcontinente la posmodernidad, cuyo lado más cruel se encarna en la globalización neoliberal: entre los colectivos afectados se encuentran los pueblos originarios de esta región del planeta. En rigor de verdad, con la producción jurídica internacional y argentina (e incluso provincial) ya existente, sería innecesario reescribir el Derecho como aquí se propone, pues la interpretación *pro homine* y el mero cumplimiento honesto de las normativas habrían reparado la histórica situación indígena y habrían incorporado al flujo sociopolítico y cultural nacional las riquísimas culturas e instituciones de dichos grupos, que parecen más acordes con la condición humana que las enseñanzas y prácticas de la posmodernidad neoliberal. Sin embargo, Jesús –en cuyo nombre también se mató en América- supo en su oportunidad increpar a los hombres duros de corazón, aquellos que, viendo, no ven. Algo similar ocurre con la cultura hegemónica: sus cultores “no ven”. Por eso es necesario repetir escriturariamente lo archiconocido y archisabido: tal vez con un nuevo código los magistrados carezcan de excusas para seguir invisibilizando a estos humillados seres y actúen como se espera de ellos, es decir como el reaseguro de todos los derechos humanos. Esperanza que extendemos al Poder Administrador.

Finalmente, un Derecho Pluriversal o Pluricultural (“Nuevo”) sería simbólico y apuesto una vez más a la función docente que tradicionalmente ha correspondido a la ley.

Consecuencias jurídicas del sintagma. “Reconoce(R) la preexistencia cultural”: Arts. 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 Inc. 1 de la salteña

Presentación

Del título, ¿se puede deducir que el Estado nacional y el provincial están obligados a reconocer también los sistemas jurídicos de las etnias originarias? En caso afirmativo, ¿cómo procurar su integración intercultural (no por asimilación) con el Derecho Nacional? Voy a dedicar estas reflexiones al Estado Argentino, erigido sobre catorce preexistentes provincias y diez territorios nacionales, mediante el uso de la coacción o el acuerdo y de tres procesos: la búsqueda de integridad territorial, de identidad nacional y de organización de un régimen político. Así surgió la *invención del otro*, discurso etnoeurocéntrico, excluyente e inferiorizante. Para Las Casas, el descubrimiento de América representó un verdadero *encubrimiento* (tema retomado por Dussel): fue un “no reconocer al otro, no darle lugar como un igual en una comunidad de comunicación argumentativa, en un grupo de intercambio y ejercicio de lo razonable” (González Stephan en Castro-Gómez en Lander, 2003-148/150). La literatura sobre la colonización de América Latina y del problema indígena denuncia detalladamente los mil modos de que se valió España para someter, denigrar y explotar a quienes, reduccionistamente, llamó *indios* -neutralizando el hecho de la existencia de numerosas *naciones indígenas*-. El perverso discurso que *inventó al Otro*, enunciado desde el *locus* de la ‘cultura y civilizada Europa’, invisibilizó las culturas indígenas y todo el bagaje que ellas implican y, aunque en la época preindependentista la narrativa de la construcción del Estado-Nación incorporó a los *indios*, al organizarse éste y darse un régimen político, *una cultura nacional única quedó en pie*.

Pese a que Argentina suscribió Tratados Internacionales de Derechos Humanos relativos a indígenas -algunos con jerarquía constitucional-, y pese a la existencia de leyes nacionales y provinciales protectoras de las etnias originarias, el único Derecho que hoy se aplica es el nacional. De allí mi pregunta inicial, pues todo dominador o conquistador sabe que “la superestructura cultural es un complemento indispensable de su régimen de dominación” (Caro Figueroa, 1970-206). En la actualidad, etapa que se suele denominar posmodernidad, la cuestión de los pueblos originarios en todo el sistema-mundo se ha profundizado debido a la globalización económica, librada a su dinámica de espacio y tiempo –pues modifica constantemente las territorialidades- bajo el esquema del Consenso de Washington. Parte de esas modificaciones tienen lugar por el cada vez más firme avance de las empresas multinacionales u otros grandes capitales, cuando adquieren terrenos que tradicionalmente han estado ocupados por pueblos aborígenes. En Salta, lugar desde donde redacté este trabajo, el gobierno provincial ha otorgado permisos de desmonte indiscriminados -a veces para monocultivos como la soja-, desoyendo normativas claras y contribuyendo con ello al exterminio de bosques y fauna nativos; como consecuencia, las personas de las etnias afectadas sufren arrinconamiento y despojo de su hábitat y modo de vida, lo que también jaquea su cultura.

Así las cosas, válido es demandar si las formas jurídicas consuetudinarias deben ser consideradas arcaicas, patrimonio histórico y, por ende, subordinadas al Derecho vigente, o si es posible explorarlas como formas de relación social y creadoras de nuevas formas legislativas.

Cultura y Derecho

Dentro de la *preexistencia cultural* aludida, ¿reconocieron Argentina y Salta la ‘preexistencia de los sistemas jurídicos’?; ¿es posible hablar de los Derechos

Consuetudinarios Indígenas como una *especie* del género Culturas Indígenas? Ello exige conceptualizar ‘Derecho’, ‘cultura’ y ‘sociedad’, en sentido funcional al texto. La dificultad de definir es académicamente conocida, aquí sólo daré nociones suficientes para este planteo.

Para Harris, ‘cultura’ son “pautas de conducta y pensamiento aprendidas y compartidas que son características de un grupo social”; “cultura alude al cuerpo de tradiciones socialmente adquiridas” que, siendo una cultura humana (no animal), abarca el estilo de vida total, socialmente adquirido, de un grupo de personas, que incluye los modos pautados y recurrentes de pensar, sentir y actuar”. A su vez, este antropólogo conceptualiza el ‘*área cultural*’ como la región geográfica caracterizada por un cierto complejo de rasgos compartidos por varios grupos culturales debido a una adaptación biológica y/o historia común (Harris, 1997-629, 145, 627). El concepto final parece adaptarse a la situación de las etnias residentes en territorio salteño: hoy, la lucha por sus reivindicaciones les es común. Por su parte, estamos frente a un concepto muy difícil de definir, ya que se encuentra “cargado de teoría”. No hay pureza de las culturas ni es posible identificarlas como totalidades significativas diferenciadas: “las culturas son prácticas humanas complejas de significación y representación, de organización y atribución, divididas internamente por relatos en conflicto”, y “se crean a partir de diálogos complejos con otras culturas. En la mayoría de las culturas que han adquirido cierto grado de diferenciación interna, el diálogo con el (los) otro(s) es intrínseco antes que extrínseco a la cultura en sí” (Benhabib, 2006-32).

En definitiva, *cultura* implica construcción y creación de un espacio de vida: es un genuino fenómeno de enraizamiento.

Sociedad es un término que designa un grupo de personas que comparten un hábitat común y en el cual dependen unos de otros para su supervivencia y bienestar (Harris, 1997-146). A su vez, el DRAE ed. 2006 define *sociedad* como “reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos y naciones”, y “agrupación natural o pactada de personas que constituye una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida”.

Por fin, llego al concepto *Derecho*, con mayúscula inicial para diferenciarlo del *derecho subjetivo*. El *derecho objetivo* se refiere al ordenamiento jurídico de un país, o sea el conjunto de sus normas vigentes, en tanto que *derecho subjetivo* designa la facultad y el deber jurídicos que tiene todo individuo sometido al derecho objetivo, por lo cual contraponerlos es incurrir en una falacia (Aftalión, García Olano, Vilanova, 1975-240). En efecto, tomando la clásica definición de Carlos Cossio (“derecho es conducta en interferencia intersubjetiva”), se advierte que posee un grado de subjetivación y aplicación a la conducta práctica, que es donde el Derecho, como ordenamiento jurídico, intersecta con las personas. El derecho objetivo y el subjetivo son dos caras de la misma moneda, y cuando aquí exprese con mayúscula (Derecho), lo será siempre en referencia al objetivo.

La sociedad se compone de varios sistemas y subsistemas sociales, siendo todos ellos condición necesaria de una Sociedad *in genere* (Polaino Navarrete–Polaino-Orts, 2004-11). Subsistemas esenciales son el Derecho y el Lenguaje, interrelacionados e interdependientes: la palabra hablada o escrita es herramienta esencial del hombre de leyes. Más aún, ambos son imprescindibles para la vida humana en sociedad, y fue así desde la primera comunidad humana; la sociedad necesita someterse a un orden, a ciertas reglas de convivencia (Derecho) y es el lenguaje el vehículo de comunicación y expresión racional de los sentimientos (Polaino Navarrete–Polaino-Orts, 2004-11/12). El lenguaje individualiza y distingue al ser humano de otros seres vivos. “Estrechamente vinculada con el despegue cultural se halla la capacidad exclusivamente humana para el lenguaje y para los sistemas de pensamiento asistidos por el lenguaje” (Harris, 1997-161); el lenguaje traduce la cultura, es constituyente de ella pero también constituido por ella. A través del

lenguaje se ligan cultura y sociedad; queda por ver si el Derecho es parte, producto o especie del género cultural. Aquí ayuda la afirmación de que el Derecho es un *objeto cultural*. La experiencia enseña que el dato primario irreductible es el *yo* frente a los objetos; no puede hablarse de sujeto sin objeto, y viceversa. La vida humana es un constante quehacer con los objetos, por lo que no es ocioso definir a éstos como “todo aquello que es o puede ser término de la actividad intencional del sujeto” (Aftalión, García O. y Vilanova, 1975-14). Los objetos se clasifican en ideales, naturales, culturales y metafísicos: se distinguen por sus caracteres y su método de conocimiento. El Derecho pertenece al área cultural pues tiene existencia, está en la experiencia, posee valor positivo o negativo y requiere del método empírico-dialéctico, aplicable por un acto gnoseológico de *comprensión*. El Derecho, *objeto que pertenece a la cultura*, se da, como ella, dentro de una sociedad. Pero ¿qué funciones cumple? Debería servir para producir la organización y la paz sociales; mas siendo instrumento de control social, ha sido utilizado como elemento de homogeneización social y cultural (las Constituciones -con su discurso moderno de *igualdad*- y las leyes *homogeneízan, generan alteridades suprimiendo las diferencias*). Por larga tradición, supo ocupar el Derecho un lugar privilegiado en el sistema global de la sociedad, *primado* que le reconocieron inclusive los grandes reformadores iluministas y hasta Hegel, quien lo consideraba como “algo sagrado en general”. Marx y Engels pusieron a nuestra ciencia en su lugar: “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase” (Marx y Engels, 1997-44). Desde entonces ocurrió la crisis del *primado del Derecho*, en doble sentido: denunciándose su incapacidad para producir cambios sociales, y la necesidad de limitar su función específica en cuanto instrumento de control social. El cambio del Derecho debiera producir la transformación del rol del Estado, e implica reconocer e incorporar *en serio* las diferencias culturales. *Tal mirada legítima la afirmación amplia y genérica de que “preexistencia cultural” también significa “preexistencia jurídica o normativa”*. A mayor abundamiento, la conclusión habrá de ser idéntica si recordamos, en relación con el art.15 inc.17 de la Carta Magna, que el tema fue polémico: así, en la vigésimoprimera reunión de la Comisión de Redacción de la Asamblea Constituyente de Santa Fe, el convencional Quiroga Lavié interpretó que se hacía un mero reconocimiento de tipo simbólico (Altabe, Braunstein, González, 1997-12). Reconozcamos que *cultura* es, en los círculos académicos, algo diverso de lo que es en el lenguaje coloquial, situación que obliga a replantear su significado constitucional. “Estrictamente, la utilización en el texto fundamental de la palabra ‘cultura’ involucra el reconocimiento de diferentes sistemas de comunicación, conjuntos de valores y significados que cada uno de los grupos humanos que preexistía en el territorio, ha compartido, adaptado y transmitido de generación en generación hasta la actualidad” (Altabe, Braunstein, González, 1997-18); por ello, *cuando el Estado se compromete a garantizar el respeto a cada una de dichas tradiciones, queda involucrado un conjunto amplio de normativas diferentes, tantas instituciones y tantos sistemas jurídicos como hayan preexistido*. Y “toda cultura incluye también un sistema normativo que se concibe como un todo integrado en el que cada uno de sus elementos es de algún modo dependiente del resto, no pudiéndose modificar uno de ellos sin alterar a los otros” (Altabe, Braunstein, González, 1997-19). Aparece aquí la *cultura como un sistema*. En cuanto al sintagma *sistema normativo*, vale para lo escriturario y lo consuetudinario. Ergo, *el universo de significaciones y sentidos supuesto por una cultura, necesariamente debe abarcar lo normativo jurídico (no se ha controvertido lo moral y lo religioso)*.

Por fin, en referencia al reconocimiento explícito de la preexistencia de los pueblos indígenas, se dijo con razón que por ser la Constitución un *hecho jurídico-político*, aquél tiene eficacia y consecuencias que participan de la misma naturaleza (Altabe, Braunstein, González, 1997), idea a la cual adhiero.

Derecho Nacional y Derechos Consuetudinarios Indígenas

Tema polémico por atravesar la estructura sensible de nuestra organización sociopolítica y jurídica y la construcción histórica de la subjetividad nacional argentina. El conflicto surge de radicales diferencias entre ambas clases de Derecho, imposibles de reseñar aquí, aunque puedo decir que, a mi criterio, el impacto de tal brecha se refleja con más claridad en el Derecho Penal (por ser represivo y afectar, sobre todo, la libertad ambulatoria) y en el instituto jurídico ‘propiedad privada’, ambos del Derecho nacional.

En lo tocante al Derecho Penal no me pronunciaré en esta ponencia, por razón de extensión, sin perjuicio de que cuando hable del Nuevo Derecho posible, entenderé *incluir todo el Derecho*. Voy a referirme sólo al instituto jurídico *propiedad privada*, perteneciente al Derecho Privado. Aún así, dejo en claro que de llegarse a un Nuevo Derecho Argentino, habrá que revisar cada una de sus infinitas parcelas.

El Derecho Nacional Argentino es tributario del Derecho Occidental Europeo, de donde toma la mayoría de sus institutos y figuras. El art. 17 de nuestro *Bill* de Derechos reza “la propiedad es inviolable”, consagrando la denominada *cláusula de inviolabilidad de la propiedad*. Bien leída, es perceptible el espíritu protectorio de la norma frente a particulares *pero mucho más frente a la actuación estatal*. Corresponde decir que existe, asimismo, la llamada propiedad o dominio público –estudiada por el Derecho Administrativo- aunque, en realidad, la confrontación con el Derecho Indígena se da a nivel de la propiedad privada o particular. Y si bien desde antiguo la Corte Federal protegió como *propiedad* –art. 17, C.N.- todos aquellos intereses que están *fuera de la persona*, el acento se puso siempre en la defensa de la propiedad privada. Ésta se estudia en los Derechos Reales, donde encontramos los institutos jurídicos *posesión, propiedad o dominio y condominio*.

La categoría en análisis preña todo el Derecho Nacional y parece ser su piedra angular. Al afirmar el amplísimo rango de la propiedad privada, pienso en los códigos de fondo que nos rigen (arg. art. 75 inc. 12, C.N.): civil, comercial, de minería y del trabajo, incluyendo la ley de bancarrotas (hoy Concursos y Quiebras). Inclusive a nivel penal es importante la protección en este tema. Y aunque ya la abolida Constitución de Perón (1949) consagraba la función social de la propiedad, todavía se encuentra fuerte en el país el derecho liberal, que se sustenta en la propiedad privada. Campea aún en nuestros días la idea de Locke acerca de que la propiedad es un derecho del individuo sobre sí mismo, una disposición de su libertad radical que, en cuanto derecho subjetivo, constituye al derecho objetivo. “El orden de la sociedad habrá de responder a la facultad del individuo” (Lander en Lander, 2003-17). También Hegel había concebido la propiedad privada como derecho natural de la persona. En la actualidad, el individualismo exacerbado de la sociedad y la globalización neoliberal coadyuvan a seguir sosteniendo este pilar sagrado de la nuestra cultura jurídica.

Respecto de la protección internacional que ha recibido la propiedad privada (art. 21, CADH; art. 17, DUDH; art. 17, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; art. XXIII, DADH; art. 14, Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos), anoto dos cosas: en general, todos los instrumentos la acotan a la dignidad; por ejemplo, la DADH (Bogotá, 1948, art. XXIII), habla de “propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. En segundo lugar, dada la progresividad característica de los Derechos Humanos, la interpretación que los órganos y tribunales internos y externos hagan de la cláusula iusprivatista tendrá que respetar el principio *pro homine* y alejar cualquier interpretación que desconozca la dignidad de los afectados. No

es ocioso señalar que la actual versión del Convenio Europeo de Derechos Humanos (vigente desde 1998, luego del Protocolo n° 11) *no incluye específicamente la protección a la propiedad privada*.

Previo a abordar la *propiedad comunitaria indígena*, veamos el concepto de *comunidad indígena*. El Convenio 169 de la OIT, con jerarquía supralegal en Argentina, fija el enfoque correcto acerca de lo que son las sociedades o naciones indígenas, sacándolas del plano conceptual de *poblaciones* (que son temporarias y asimilables a los valores nacionales) y llamándolas *pueblos indígenas* con derecho al respeto de sus culturas, instituciones y formas de vida. Dichos *pueblos* -sociedades permanentes en el tiempo- se caracterizan por mantener un “sentimiento o conciencia de pertenencia” al grupo, que llamamos *etnicidad*. A su vez, cada comunidad o colectivo social posee identidad singular, y éste resulta ser un concepto nuclear para comprender la problemática aborigen. El Convenio también define el significante *tierras*, incluyendo *territorios*, es decir la totalidad del hábitat de las regiones que las naciones interesadas ocupan o usan de otra manera. Refuerza los derechos colectivos de autoidentificación, autodeterminación y autogobierno, fijando la obligación estatal de convocarlos a efectos de su participación y consulta sobre las políticas de tierras y recursos naturales en las zonas de sus hábitats. Las comunidades no implican sólo asentamiento físico sino, en especial, *naturaleza de unidades sociopolíticas locales* que conforman las sociedades indígenas y sus aspectos económicos (Altabe, Braunstein y González, 1997-19); no son sólo espacios sociales sino también verdaderos espacios políticos y, sobre todo, *sujetos políticos*. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (setiembre de 2007) recepta estos derechos (arts. 9, 3, 4 y 5). Si bien Argentina aún no la suscribió, deberá hacerlo para ser consecuente con su conducta jurídica internacional anterior.

Caracterizados los *colectivos originarios*, es más fácil comprender su relación vital con el hábitat. *El problema de la tierra ha sido siempre el núcleo de la cuestión indígena* y existe analogía entre el hábitat del nativo americano y el uso que un occidental realiza de su vivienda (Altabe, Braunstein, González, 1997-23). Para ellos, hablar de *propiedad de la tierra* es paradójico, pues se ven a sí mismos como pertenecientes a la tierra y consideran que la vida humana es brevísima en relación con la vida de la tierra.

Rodolfo Stavenhagen, sociólogo y antropólogo que peritó el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/Nicaragua” -fallado por la Corte IDH el 31/08/01- da en su informe la pauta nodal: “Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. / “La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y sus recursos” (Castrillón Orrego, 2006). He ahí por qué la *propiedad comunitaria* es la forma que más se parece al modo de los aborígenes de relacionarse con la tierra (o Madre Tierra); razón que “justifica con mayor fuerza la utilización de la categoría institucional de *comunidad* para encuadrarlos jurídicamente en forma conjunta” ((Altabe, Braunstein, González, 1997-25).

El Estado, para no incurrir en responsabilidad internacional respecto de los territorios tradicionalmente ocupados por aborígenes (Argentina, con 17 años de vigencia del art. 75 inc. 17 de la Carta Magna, y Salta, con su art. 15 de 25 años), deberá apresurarse a demarcar los territorios pertenecientes a cada comunidad y otorgar los títulos de propiedad comunitaria a las naciones indígenas que prueben su uso tradicional. Tendrá que hacerlo por mecanismos gratuitos para las comunidades, y expeditivos. Es indispensable poner en marcha un proyecto cartográfico previo, que releve la situación territorial general, e inclusive expropiar tales tierras y devolverlas a sus históricos dueños. Esta solución fue sugerida por la COIDH en “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, fallada en 2005. Se planteó el tribunal cómo resolver los casos en que las tierras pertenecieran a particulares y se encontró aplicable el art. 21.1, CADH, permitiendo restringir los derechos privados si se prueba un “interés público imperativo”; dijo que dicha restricción podía ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; dicha restricción, proporcional, puede consistir en el pago de una justa indemnización a los perjudicados -conf. art. 21.2, CADH-(Castrillón Orrego, 2006-36). A la luz de estas normas e interpretaciones constitucionales, aseguro que en Salta se violan las disposiciones protectoras: no sólo no se ha expropiado e indemnizado a particulares para restituir sus tierras a las comunidades, sino que aún se otorgan permisos de desmonte indiscriminado a particulares (empresas multinacionales o magnates internacionales) que adquieren inmensos territorios, con grave y sensible deterioro de las comunidades.

Expuestas la razón de la defensa de la propiedad privada como categoría jurídica y económica, y la necesidad de la propiedad comunitaria indígena; la coexistencia real de dos clases de sociedades, nacional y aborígen; la normatividad oficial que reconoce la preexistencia de dichas etnias y las prácticas sociales que cada vez las respetan menos, resulta básico el siguiente interrogante: ¿qué función real posee la *propiedad* en la vida humana? Fromm, tras distinguir el “modo de ser” del “modo de tener” –este último en tanto obsesión por acumular cosas y riquezas-, habla del “tener existencial”: “la existencia humana requiere que tengamos, conservemos, cuidemos y usemos ciertas cosas para sobrevivir. Esto también puede decirse de nuestros cuerpos, en cuanto al alimento, la habitación y los vestidos, y en cuanto a los instrumentos necesarios para satisfacer nuestras necesidades. Esta forma de tener puede denominarse ‘existencial’ porque está enraizada en la existencia humana” (Fromm, 2005-90). Pienso que la propiedad necesaria para la existencia humana y su desarrollo en total dignidad (como ‘tener existencial’) puede adoptar, sin contradicciones, dos formas: comunitaria y privada. Ambas representan un *modo-de-ser-y-estar-en-el-mundo* y, por ende, son justas.

Factibilidad de un Derecho Inter o Pluricultural o Pluriversal Argentino

El título de este párrafo sugiere demandarnos si es posible llegar a que nuestro país posicione una agenda de discusión sobre un Nuevo Derecho Argentino, que integre armoniosamente normas nacionales, normas indígenas y valores de las mismas vertientes, y genere un nuevo *corpus* general con principios propios. Ello, con dos límites: el interno constitucional vigente y el internacional iushumanista. No abrigo dudas sobre su factibilidad, desde que tanto nativos como nacionales pertenecemos a la raza humana y tenemos denominadores comunes: nacer, crecer, reproducirnos y morir. Esa básica universalidad nos ubica en lo que llamo *núcleo duro de los Derechos Humanos*: hay derechos que respetar a rajatabla, más allá de relatividades culturales. Dicho núcleo -creo coincide básicamente con los *mínimos morales* que Adela Cortina estima indispensables a cualquier sociedad civil, mínimos que, a diferencia de los *máximos morales* -invitaciones a

la felicidad-, son *exigencias de la justicia*. La filósofa sostiene que la fórmula mágica del pluralismo engloba tanto las “exigencias de la justicia” como las “invitaciones a la felicidad” (Cortina, 1994-52): aplicando su idea, estimo que las exigencias de la justicia en una Argentina jurídicamente plural pueden dar base para la fundamentación ética de un Nuevo Derecho. Dicha base debería estar constituida por los derechos a la vida, integridad psicofísica, sexualidad y libertad; a los derechos políticos, de la minoridad, de la discapacidad y el género, y a los derechos económicos (incluyendo aquel a una vivienda digna). Fuera de ese núcleo imperativo, existen otros derechos que hacen al proyecto de vida de cada cual y que engloban temas como educación, libertad de expresión, cultos y conciencia -por nombrar algunos-, *los cuales habrían de quedar en el área de cada cosmovisión*: los nacionales no vemos la vida como los pueblos originarios y viceversa, y por ello todos tenemos derecho igual a disfrutar y a buscar la felicidad como mejor nos parezca, dentro de un orden socialmente justo. *Crear que las comunidades originarias deban aceptar obligatoriamente la visión europea del mundo, significa homogeneizarlas ejerciendo paternalismo o perfeccionismo inadecuados para cualquier fundamentación de Derechos Humanos*. La igualdad, que ya la Corte Federal interpretó desde antiguo como “igualdad en igualdad de condiciones” (art. 16, C.N.), y que es refirmada por los tratados iushumanistas, merece consideración. Tematizada como valor civil y político desde la Revolución Francesa, la igualdad porta desde su nacimiento un estigma occidental etnoeurocéntrico y hegemónico, consistente en ser un concepto inscripto filosóficamente en la *episteme de lo mismo*, donde la *diferencia* resulta suprimida, subalternizada e invisibilizada: se la hace radicar en el logos de la *identidad*. El gran imperativo de los Derechos Humanos, al consagrar la igualdad conjuntamente con el principio de no-discriminación, es el de provocar un corrimiento de sentido, *inscribiendo la noción de igualdad en el logos de la diferencia*. Corrimiento con el cual la interpretación de la Corte resulta coincidente: los nacionales tenemos una cultura que exige tratamiento jurídico acorde con ella e igual para todos los nacionales; los pueblos indígenas poseen sus propias culturas y el derecho que se les aplique, relativo a los puntos no incluidos en los *mínimos* mencionados, también tiene que ser todo lo diferente que corresponda del derecho nacional, e igual para todos los incluidos en esa comunidad aborígen.

Dije antes que para las etnias latinoamericanas los territorios de ancestral ocupación representan un hábitat de idéntico significado al de la vivienda para un nacional. Ello lleva a pensar que la cuestión de las tierras comunitarias tiene que ser incluida jurídicamente en el tratamiento de la *vivienda digna*: hoy ésta se halla consagrada para los nacionales, obviamente, bajo la forma de propiedad privada; es necesario ampliar su consagración en el sentido propuesto, vale decir de manera favorable a los indígenas. El Código Civil reconoce la posesión, la coposesión, el dominio y el condominio. Deberá incluir ahora el instituto jurídico *posesión y propiedad comunitaria indígena* y estudiarlo a fondo para consagrarlo con corrección y justicia: ***la Constitución ha creado esa nueva noción jurídica y los Derechos Reales habrán de reglamentarla sin violar su espíritu***. Por otra parte, en los códigos o leyes correspondientes tendrá que ser reformulado el régimen de ambiente y uso de los recursos naturales, con expresa indicación de la necesidad de consensuar su explotación o uso por no-indígenas, incluido el gobierno, cuando se trate de los ubicados en territorios comunitarios.

Estimo, como corolario, que el Poder Ejecutivo, el Ombudsman o los legisladores, por los canales constitucionales adecuados, tendrían que provocar el dictado de una ley de reforma constituyente, fijando en forma imperativa un cupo de convencionales indígenas del 50%: si bien el porcentaje sugerido no es proporcional a la cantidad de habitantes originarios actuales en Argentina, lo lógico y justo es que en una transformación jurídica tan revulsiva de la cultura dominante existan partes iguales, en representación de ambos tipos de Derecho.

Conclusiones

En Nuestra América la modernidad colonial produjo genocidio y sometimiento bajo los signos de la espada y la cruz, que abarcó incluso lo político y jurídico; cuando esta situación no había cambiado todavía en la forma esperada por las naciones indígenas, sobrevino en el Subcontinente la posmodernidad, cuyo lado más cruel se encarna en la globalización neoliberal; entre los colectivos afectados se encuentran los pueblos originarios. En rigor de verdad, con la producción jurídica internacional, nacional y provincial ya existente sería innecesario reescribir nuestro Derecho, pues la interpretación *pro homine* y el mero cumplimiento honesto de las normativas habrían reparado la histórica situación indígena y habrían incorporado al flujo sociopolítico y cultural nacional las riquísimas culturas e instituciones de dichos grupos, que son más acordes con la condición humana que las enseñanzas y prácticas de la posmodernidad neoliberal. **Los cultores y defensores de la cultura hegemónica, viendo, no ven. Por eso, tal vez con un nuevo código los magistrados carezcan de excusas para seguir invisibilizando a estos humillados seres y actúen como el reaseguro de sus derechos humanos.**

No olvido la idea alberdiana de que no debemos cambiar las leyes sino a los hombres, mas no dejo de reconocer que un Derecho Pluriversal o Pluricultural (el Nuevo Derecho Argentino) sería simbólicamente importante, y apuesto una vez más al ser humano y a la función docente que tradicionalmente ha correspondido a la ley. Tal vez sea llegada la hora de que se cumpla en lo humano aquella frase de Jesucristo, cuya cruz fuera impuesta a los pueblos originarios a sangre y fuego, frase que decía: “Mi Padre no hace acepción de personas”.

Violeta Graciela Herrero

BIBLIOGRAFÍA

ALTABE, Ricardo –BRAUNSTEIN, José – GONZÁLEZ, Jorge A. 1997 “Derechos Indígenas en la Argentina – Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional” en *Cuadernos de ENDEPA Equipo Nacional de Pastoral Aborígen* (Resistencia: ENDEPA) 3.

AFTALIÓN, Enrique R. – GARCÍA OLANO, Fernando – VILANOVA, José 1975 (1941) *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales).

BAZÁN, Víctor 2004 “Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional” en *Estudios Constitucionales* (Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales) Año/vol. número 001, pp.37/98.

BENHABIB, Seyla 2006 (2002) *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global* (Buenos Aires: Katz Editores).

BEUCHOT, Mauricio 2004 (1999) *Derechos Humanos. Historia y Filosofía* (México DF: Fontamara).

CARO FIGUEROA, Gregorio 1970 (1970) *Historia de la gente decente en el Norte Argentino. De Güemes a Patrón Costas* (Buenos Aires: Ediciones del Mar Dulce).

- CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego 2006 *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los Pueblos Indígenas* (México DF: UNAM www.nd.edu/cchr/publications/orrego).
- CORTINA, Adela 1994 (1994) *La ética de la sociedad civil* (Madrid: Grupo Anaya S.A.).
- DERRIDA, Jacques 2002 (1994) *Fuerza de ley. El 'fundamento místico de la autoridad'* (Madrid: Tecnos).
- FROMM, Erich 2005 (1976) *¿Tener o ser?* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica).
- HARING, Clarence H. 1972 (1966) *El Imperio Hispánico en América* (Buenos Aires: Ed. Solar/Hachette, Dimensión Americana).
- HARRIS, Marvin 1997 (1981) *Introducción a la Antropología General* (Madrid: Alianza Editorial).
- LANDER, Edgardo 2003 (2000) “Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos” en Lander, Edgardo (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (Buenos Aires: CLACSO).
- LLANOS, Marcela – VENENCIA, Carmen – TOLABA, Ángel 2007 “La conquista y la alteridad en América Hispánica”, monografía en Maestría en Derechos Humanos, UNSa., Salta, 2006 a 2008.
- LLANOS; Marcela – VENENCIA, Carmen – TOLABA, Ángel 2007 “Nación sin indios”, monografía en Maestría en Derechos Humanos, UNSa., Salta, 2006 a 2008.
- MARX, Karl – ENGELS, Friedrich 1997 (1872) *Manifiesto Comunista* (Madrid: Ed. Akal S.A.).
- PINTO, Mónica 1997 (1997) “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel – POLAINO-ORTS, Miguel 2004 (2004) *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal* (Madrid: Dykinson S.L.).
- POLANYI, Karl 2006 (1957) *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo* (México DF: Fondo de Cultura Económica).
- ZAMBRANO MONTERO, Ana María 2007 “Evolución de la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección de los pueblos indígenas”, tesis de la Maestría en Protección de los Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares (España), 2007.

