

## **El derecho constitucional a la identidad: una garantía procesal del imputado indígena**

*Juan Manuel Salgado\**

### ***1. Los fundamentos de los derechos humanos de los pueblos indígenas***

En las últimas décadas, acorde con el giro que implicó la vigencia de los derechos humanos como fundamento del orden estatal, se ha establecido un amplio marco normativo en los niveles máximos de la jerarquía jurídica, que reconoce los derechos históricos de los pueblos indígenas, procurando la reparación y la reversión de procesos de injusticias, despojos y colonización que se pretendieron justificar mediante declamaciones “civilizatorias” y una oculta, pero persistente, ideología de superioridad racial “blanca”.

Este nuevo marco se encuentra básicamente establecido en los incisos 17 y 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994. En el primero se exponen los derechos de los pueblos indígenas que derivan del reconocimiento de su preexistencia al Estado. En el segundo se incorpora explícitamente el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, afirmando su jerarquía superior a toda norma legislativa y disposición provincial.<sup>1</sup>

De la lectura conjunta de ambos incisos resulta un panorama jurídico enteramente nuevo en relación a los pueblos indígenas. El reconocimiento de la preexistencia indígena implica que “el Estado asume una realidad fáctica a la que otorga derechos de envergadura constitucional”.<sup>2</sup> Esta realidad consiste en identidades colectivas diferentes, los pueblos indígenas regidos por sus propias normas e instituciones, que el Estado debe respetar. De allí se desprenden los derechos al mantenimiento del idioma, a la personería jurídica comunitaria, a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y a la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a todos los intereses que los afecten. Estos enunciados encuentran su desarrollo y precisión en la evolución del derecho internacional, que la Constitución incorpora explícitamente al derecho interno al otorgar la máxima jerarquía normativa a los principales tratados de

---

<sup>1</sup> La supremacía del derecho internacional por sobre cualquier norma provincial, incluidas las constituciones locales, resulta del artículo 31 de la Constitución Nacional, que se mantuvo inalterado en la reforma.

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, Res. 587/07, apartado 3.2.2.

derechos humanos y establecer la preeminencia de los demás tratados por sobre las restantes normas nacionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha dejado en claro que tales instrumentos deben aplicarse por todos los tribunales del país tal como lo dice la Constitución, “en las condiciones de su vigencia”, es decir, tomando como guía la jurisprudencia de los órganos que los interpretan en el ámbito internacional.<sup>3</sup>

De este modo tenemos en la Constitución, conjuntamente con el art. 75 inc. 17, un amplio conjunto de normas y principios protectores de los derechos de los pueblos indígenas cuyas principales fuentes son las siguientes:

- La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>4</sup> interpretadas y aplicadas por la Comisión<sup>5</sup> y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.<sup>6</sup>
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>7</sup> tal como resultan de la jurisprudencia y los comentarios de los Comités respectivos.<sup>8</sup>
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,<sup>9</sup> cuyo órgano de control es el Comité para la Eliminación de la

---

<sup>3</sup> A partir del caso “Ekmekdjian” (1992), Fallos: 315:1492 y luego de la reforma constitucional, desde el caso “Girolodi” (1995), Fallos: 318:527. El criterio ha sido expresamente aplicado a los pueblos indígenas en el caso “Comunidad Eben Ezer” (2008), Fallos: 331:2119.

<sup>4</sup> Ratificada por la República Argentina en 1984.

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 75/02 en caso 11.140 Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002 e Informe 40/04 en caso 12.053 Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

<sup>6</sup> Resultan particularmente relevantes los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han decidido e interpretado la forma en que la Convención Americana ha de aplicarse en relación a los pueblos indígenas, destacando sus derechos territoriales, a la autonomía, a la participación y a la consulta. Tales son las sentencias dictadas en “Aloeboetoe vs. Surinam”, sentencia del 10 de septiembre de 1993; “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001; “Comunidad Moiwana vs. Surinam”, sentencia del 15 de junio de 2005; “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005; “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005; “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006; “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia del 28 de noviembre de 2007 y sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008; y “Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay”, sentencia del 24 de agosto de 2010.

<sup>7</sup> Ratificados por la República Argentina en 1986.

<sup>8</sup> El Comité de Derechos Humanos, a cuya jurisprudencia obliga el Protocolo Facultativo del Pacto, también incorporado a la Constitución, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que se refiere el Protocolo Facultativo aprobado por Ley 26.663.

<sup>9</sup> Ratificada por la República Argentina en 1968.

Discriminación Racial (CERD),<sup>10</sup> a cuya competencia se ha sometido nuestro país en dicha Convención y por medio de la ley 26.162.

- La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>11</sup> con los comentarios y recomendaciones del Comité respectivo.<sup>12</sup>
- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales,<sup>13</sup> y los dictámenes y recomendaciones de la O.I.T. sobre el mismo.<sup>14</sup>
- Los demás instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, algunos incorporados con jerarquía constitucional a nuestro derecho interno, que deben ser interpretados tomando como guía el modo en que se aplican en el ámbito internacional.<sup>15</sup>
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y las opiniones de los órganos especializados de las Naciones Unidas, en tanto son relevantes para interpretar el sentido de los tratados.<sup>16</sup>

Si bien excede al propósito de este artículo exponer extensamente el derecho internacional de los derechos humanos referido a los pueblos indígenas, la anterior enumeración tiene la finalidad de dejar en claro la existencia de un amplio conjunto de

---

<sup>10</sup> Especialmente la Recomendación general XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

<sup>11</sup> Ratificada por la República Argentina en 1990.

<sup>12</sup> Resulta de especial relevancia la Observación General N° 11 (2009) “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención”.

<sup>13</sup> Ratificado por la República Argentina en 2001.

<sup>14</sup> La Corte Suprema ha sido reiterativa en adoptar la interpretación de los órganos de la O.I.T. en la aplicación de los convenios de esta organización. Casos “ATE” (2008), Fallos: 331:2499; “Pérez, Aníbal” (2009), Fallos: 332:2043 y “Rossi” (2009), Fallos: 332:2715, entre muchos otros.

<sup>15</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, todas incorporadas a la Constitución Nacional. Además han sido ratificados por nuestro país, el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, la Convención de la UNESCO sobre para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y la Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

<sup>16</sup> La Declaración, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, constituye el marco de comprensión de los derechos indígenas de acuerdo a las reglas de interpretación establecidas en los arts. 31 y 32 de las convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales. Los principales mecanismos de la O.N.U. sobre pueblos indígenas son el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, ambos en la órbita del Consejo de Derechos Humanos, y el Foro permanente para las cuestiones indígenas, en el ámbito del Consejo Económico y Social

normas, declaraciones, jurisprudencia, órganos y literatura especializada, que impiden que el texto de los tratados, que a primera vista puede parecer de excesiva generalidad, sea interpretado *a gusto* por quienes carecen de la información jurídica suficiente.<sup>17</sup> Es por ello que la Corte Suprema ha insistido que la aplicación de los tratados debe realizarse conociendo las condiciones en que rigen en el ámbito internacional. En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la aplicación por el Estado de la Convención Americana, especialmente por el Poder Judicial “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.<sup>18</sup>

El principio básico de los derechos de los pueblos indígenas, tal como resulta de este amplio abanico jurídico, es el reconocimiento de su libre determinación en el marco de los Estados en que viven.<sup>19</sup> De este principio se desprenden los demás derechos, tanto los que resguardan su ámbito territorial como los que les garantizan procedimientos de consulta y participación efectivos en las decisiones que los afecten.

## ***2. Principios de coexistencia intercultural***

Este reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas conlleva la vigencia de un pluralismo jurídico, es decir, de un derecho no monopolizado por el Estado y producido también por los órganos y las prácticas sociales de dichos pueblos. Las pautas para la convivencia entre el sistema jurídico estatal y el propio de los pueblos indígenas deben resultar de mecanismos institucionales participativos,<sup>20</sup> respetando los siguientes principios:

---

<sup>17</sup> A este tipo de “interpretaciones judiciales errantes que hacen lecturas disvaliosas de la voluntad del poder constituyente” se refieren los considerandos del Decreto 700/2010.

<sup>18</sup> Caso “Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay”, sentencia del 24 de agosto de 2010, párr.311, con cita de caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124; caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 173 y caso “Rodilla Pacheco vs. México”, sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

<sup>19</sup> Artículo 1º común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos iniciales de la Declaración.

<sup>20</sup> La exigencia de participación se encuentra expresa en el artículo 75 inc. 17 C.N., el artículo 6 Convenio 169 de la O.I.T. y 18 y 19 de la Declaración.

- 1) los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar su derecho interno y sus instituciones jurídicas;<sup>21</sup>
- 2) el derecho interno de los pueblos indígenas (o del pueblo o comunidad involucrados en el caso particular) debe ser conocido y tenido en cuenta;<sup>22</sup>
- 3) debe evitarse la imposición de decisiones adoptadas de modo unilateral por el Estado;<sup>23</sup>
- 4) los pueblos indígenas y sus miembros conservan todos los derechos generales que tienen por ser ciudadanos del Estado en condiciones de igualdad;<sup>24</sup>
- 5) el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos es el requisito común de validez de las normas y prácticas jurídicas, tanto para el Estado como para los pueblos indígenas.<sup>25</sup>

### ***3. Los necesarios cambios en la forma de las decisiones judiciales***

Todo lo expuesto impone un profundo cambio en las lógicas decisorias de los procesos judiciales, actualmente circunscriptas a parámetros propios del grupo étnico hegemónico (“blanco”, europeo-occidental) y al paradigma de la superioridad cultural.

El Relator de la Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, en su informe sobre la discriminación a los pueblos indígenas por parte de la administración de justicia ha señalado que: *“La discriminación contra los pueblos indígenas (así como otras minorías de todo tipo) es muy común. Aunque suele estar relacionada con los prejuicios personales y las actitudes subjetivas de jueces, magistrados, abogados, fiscales y funcionarios del Estado, esa discriminación se debe principalmente al rechazo sistemático de las culturas e identidades indígenas. La administración de justicia no hace sino expresar los valores dominantes de*

---

<sup>21</sup> Expresamente en los artículos 4, 5 y 8 del Convenio 169 de la O.I.T. y en los artículos 3, 4, 5, 33 y 34 de la Declaración.

<sup>22</sup> Artículos 5.a y 8 del Convenio 169 de la O.I.T. y artículos 15, 16, 27 y 40 de la Declaración.

<sup>23</sup> Artículo 75 inc. 17 de la Constitución, artículos 5 y 6 del Convenio 169 de la O.I.T. y artículos 18, 19 y 32 de la Declaración.

<sup>24</sup> Artículos 3 y 4 del Convenio 169 de la O.I.T., artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y artículos 1, 2 y 5 de la Declaración.

<sup>25</sup> Artículo 3 del Convenio 169 de la O.I.T. y artículos 1 y 2 de la Declaración.

*una sociedad, y cuando son contrarios a los pueblos indígenas (que es lo más frecuente), se reflejan en los tribunales”.*<sup>26</sup>

No es un descubrimiento actual el conocer que los jueces participan de los valores e ideas de la cultura dominante. En una obra ya clásica el filósofo del derecho Alf Ross hacía notar que *“el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómeta, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural”*, de allí que *“la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamamos ‘razón’ o ‘consideraciones prácticas’ es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa”.*<sup>27</sup>

Lo que hoy puede apreciarse como novedoso es el reconocimiento de que en un Estado intercultural esta *tradición* del juez no puede ser la única admisible. La incorporación de las pautas propias de las culturas indígenas constituye, por ello, un paso esencial en cualquier proceso que se relacione con ellas, ya que lo contrario implicaría pretender que sólo la cultura hegemónica en la que participan los funcionarios es relevante para la resolución del caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar las garantías judiciales sostuvo que para garantizar efectivamente los derechos en condiciones de igualdad *“los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.*<sup>28</sup> De allí que el principio de protección igualitaria y no discriminación requiera *“que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su*

---

<sup>26</sup> Relator Especial Rodolfo Stavenhagen, Documento de la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones E/CN.4/2004/80, 26 de enero de 2004, párrafos 39 y 43.

<sup>27</sup> Ross, Alf; *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, págs. 96 y 97.

<sup>28</sup> Caso “Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 51.

*situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.*<sup>29</sup>

Debe entenderse por ello que el principio de no discriminación y la consiguiente protección de la cultura indígena exigen modificaciones sustanciales en los procesos judiciales que involucren a pueblos indígenas o a sus comunidades o miembros individuales.

En este artículo me detendré especialmente en una de las formas que asume la no discriminación en el marco de los procesos penales seguidos contra miembros de pueblos indígenas, destacando que el respeto a las garantías del imputado indígena impone el obligado conocimiento de su cultura, sus costumbres y derecho consuetudinario por parte de los jueces con competencia para decidir en cada una de sus etapas.

Sin embargo es común que los tribunales carezcan de la adecuada comprensión que implica el delicado problema de desigualdad colectiva subsistente en el juzgamiento de indígenas desde las instituciones, el derecho y la cultura hegemónicos. Habitualmente, cuando se reconoce (lo que casi nunca sucede), la cuestión de las diferencias culturales es enfocada como un hecho más a probar, sujeto a las reglas generales que rigen la evidencia procesal y orientado a determinar ciertos aspectos subjetivos de los tipos penales que en el caso pueden aparecer como problemáticos.

Esta omisión de considerar en el proceso penal las normas protectoras de los derechos humanos de los pueblos indígenas reduce la problemática que emerge del reconocimiento a la diversidad cultural dentro del estrecho marco de las normas de inferior rango (procesales y penales) concebidas en el paradigma de la uniformidad cultural, en lugar de interpretar éstas adecuándolas a las de superior jerarquía. Decisiones de ese tipo traducen una incompreensión respecto a que los pueblos indígenas tienen derechos y garantías especiales en orden a la salvaguarda de su cultura y sus instituciones y no llegan a

---

<sup>29</sup> *Idem*, párrafo 63. También en casos “Xákmok Kásek vs. Paraguay”, sentencia del 24 de agosto de 2010, párrafo 270; “Saramaka vs. Surinam”, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 178 y “Tiu Tojin vs. Guatemala”, sentencia del 26 de noviembre de 2008, párrafo 96.

advertir que un proceso que omite incorporar la información acerca de las normas y prácticas propias de la cultura de los imputados viola tales garantías.

Reducido el tema a la dimensión probatoria, que conlleva una concepción patológica de las diferencias culturales, no se advierte que el principal problema que está en juego es previo a todo juzgamiento y atañe a las garantías del imputado, en este caso el imputado indígena, a ser juzgado por un “tribunal independiente e imparcial”, tal como lo establecen el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dado que esta garantía impone el apartamiento del juez que provoca en el imputado una “razonable sospecha de parcialidad”,<sup>30</sup> habría que reconocer que cualquier magistrado perteneciente a un grupo étnico y a un Estado que promovieron y se beneficiaron del genocidio indígena difícilmente estaría libre de estas sospechas a menos que demuestre un esfuerzo sincero de comprensión de la “visión del mundo”, las costumbres y el derecho consuetudinario de la cultura sometida.

Por eso Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, considera que el derecho a un tribunal independiente e imparcial contenido en los tratados de derechos humanos, exige que en los juzgamientos penales *“los jueces sean conscientes de la diversidad social y de las diferencias asociadas a los orígenes, sobre todo raciales”*.<sup>31</sup>

#### ***4. Fundamentos normativos de esta garantía***

Esta inclusión del conocimiento de la cultura, tradiciones y normas consuetudinarias indígenas por parte de los tribunales dentro de la garantía de la defensa en juicio, resulta básicamente de las siguientes normas:

- *El artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional obliga al Estado a reconocer “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y a garantizar el respeto a su identidad.*

---

<sup>30</sup> Ver el fallo “Llerena” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005), fallos: 328:1491.

<sup>31</sup> Recomendación general N° XXXI (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural no constituye una declaración vacía de contenido jurídico, que sería impropia en un texto constitucional. Por el contrario, implica el deber del Estado de aceptar y proteger la existencia de una vida cultural colectiva diferente y asegurar su mantenimiento y reproducción. Para ello debe adoptarse un trato distinto, tanto individual como colectivo, en relación a los pueblos indígenas y a sus miembros, de modo de revertir los procesos de genocidio y colonización que éstos han sufrido. El reconocimiento de dicha preexistencia, sostienen los constitucionalistas Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, “*opera como ‘eje’ sobre el que giran los demás derechos colectivos indígenas, tanto los sustanciales (educación y tierras) como instrumentales (personería y participación)*”.<sup>32</sup> La nueva orientación, continúan, procura revertir una historia de “*brutal desdén por la existencia misma de los indígenas*” y de flagrante violación a sus derechos humanos.<sup>33</sup> Se trata de una ruptura con “*la concepción de una cultura única, homogénea y hegemónica tan propia del clásico Estado-nación de corte occidental-europeo modelado en 1853. Se abandona, así, la tendencia integracionista. En su lugar se reconoce a la sociedad argentina como multiétnica y pluricultural*”.<sup>34</sup>

Al comentar la misma norma, Bidart Campos □ostuvo acertadamente que “*nada hay más desigualitario, y por ende violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable –también las que derivan de la raza, de la sangre y del nacimiento- configura la identidad de una o más personas*”.<sup>35</sup> Es por ello que canalizar los procesos judiciales estableciendo un tratamiento homogeneizador hacia pueblos distintos, disolviendo su cultura en el marco aparentemente “neutro” de una igualdad *formal* que obedece a los supuestos de la cultura hegemónica implica negarse a respetar las identidades colectivas diferentes, contrariamente a lo que dispone la Constitución.

---

<sup>32</sup> Quiroga Lavie, Humberto; Benedetti, Miguel Angel; Cenicacelaya, María de las Nieves; *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2001, tomo I, pág. 325.

<sup>33</sup> *Idem*, págs. 326 y 327.

<sup>34</sup> *Idem*, pág. 330.

<sup>35</sup> Bidart Campos, Germán; “Los derechos de los ‘pueblos indígenas argentinos’”, La Ley 1996-B-1206 (sec. Doctrina).

- *La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (incorporada a la Constitución Nacional), obliga al reconocimiento y respeto de las características propias de los pueblos indígenas.*

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sostenido reiteradamente que el principio de no discriminación “*exige tener en cuenta las características culturales de los grupos étnicos*”<sup>36</sup> y requiere de los Estados que “*Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación*”.<sup>37</sup>

- El Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales, obliga expresamente a los tribunales a tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario indígenas:

Artículo 5.a: “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.

Artículo 8.1: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Artículo 9.2 “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Los principios de los que se desprenden estas obligaciones de los Estados encuentran su origen tanto en los específicos derechos humanos de los pueblos indígenas como en las genéricas normas internacionales que garantizan el debido proceso.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se reconoce que los pueblos indígenas y sus miembros tienen derecho:

---

<sup>36</sup> Informe anual 2007. N° 328.

<sup>37</sup> Recomendación general N° XXIII (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

- A conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
- A pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate.
- A determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones sin que ello menoscabe el derecho a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
- A determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.
- A promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.<sup>38</sup>

Especialmente relevante resulta el artículo 40 de la Declaración, de acuerdo al cual en los procedimientos de solución de controversias, “se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.

Si bien la Declaración no es un tratado internacional ratificado por el país, su valor jurídico reside en que precisa el alcance de los derechos de los pueblos indígenas ya contenidos en instrumentos obligatorios,<sup>39</sup> especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>40</sup> cuyo artículo 1º común a ambos reconoce el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, así como en el Convenio 169 de la O.I.T.

---

<sup>38</sup> Artículos 5, 9, 33 y 34 de la Declaración.

<sup>39</sup> Anaya, James; “The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era” en *Charters, Claire & Stavenhagen, Rodolfo; Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, IWGIA, Copenhagen, 2009, pág. 187.

<sup>40</sup> Incorporados a la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 22.

En cuanto a las garantías de “tribunal independiente e imparcial”, contenida en los tratados de derechos humanos,<sup>41</sup> los “Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial” de las Naciones Unidas,<sup>42</sup> precisan lo siguiente:

- “Un juez se esforzará para ser consciente de, y para entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de varias fuentes, incluidas sin ánimo de exhaustividad, la raza, el color, el sexo, la religión, el origen nacional, la casta, las minusvalías, la edad, el estado civil, la orientación sexual, el nivel social y económico y otras causas similares”.
- “Un juez se mantendrá informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos”.<sup>43</sup>

### ***5. El reconocimiento como garantía en el proceso penal***

Como se ve, las normas y principios mencionados exigen un trato diferente hacia los pueblos indígenas. Estos, como sostiene la Declaración de las Naciones Unidas, tienen el derecho “*a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales*”.<sup>44</sup>

Tal derecho resulta particularmente importante como garantía en un proceso penal en donde los imputados indígenas, criados y educados colectivamente en un universo cultural constitucionalmente protegido, con valores y estimación diferentes de ideas tales como la *posesión*, la *autoridad*, las *instituciones*, los *deberes* y la *obediencia*, entre muchos otros, se ven sometidos al juzgamiento por parte de magistrados que no entienden como han sido elaborados estos conceptos en la cultura originaria. Especialmente, cuando la hipótesis delictiva está relacionada con los derechos territoriales los magistrados no pueden

---

<sup>41</sup> Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>42</sup> Aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resoluciones 40/32 y 40/146 del 29 de noviembre y del 13 de diciembre de 1985, respectivamente.

<sup>43</sup> Principios 5.1 y 6.4.

<sup>44</sup> Segundo párrafo del preámbulo.

aplicar los conceptos penales sin conocer la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, cuya protección jurídica está en la base del resguardo a una vida colectiva y a una cultura diferentes.<sup>45</sup>

Como los pueblos indígenas tienen derechos y garantías especiales en orden a la salvaguarda de su cultura y sus instituciones,<sup>46</sup> debe resultar nulo un procedimiento que omita incorporar la información acerca de las normas y prácticas propias de la cultura de los imputados, aún cuando las normas locales no lo impongan expresamente. En general los códigos procesales contemplan de modo genérico las nulidades que implican “violación de las normas constitucionales”.<sup>47</sup> Si en su articulado no determinan cuáles son es porque no les corresponde establecerlas ya que tales nulidades vienen impuestas por disposiciones de superior jerarquía.

En una notable sentencia absolutoria de 1998 el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, con una composición diferente a la actual, consideró que *“ciertas conductas desplegadas en el ámbito de determinados grupos étnicos deben ser analizadas en función de la significación que, las mismas, adquieren dentro de su atmósfera cultural; ello, simplemente, porque es dentro de esa atmósfera en que se vuelven inteligibles. Como muy bien lo ha puntualizado Beatriz Kalinsky: ‘El uso de giros tales como ‘internalización de la norma’ (...), frecuentes en el vocabulario jurídico penal, descuentan que los límites impuestos por el contrato social benefician y protegen a todos por igual (...). Sin embargo, el núcleo expresivo de lo que pretendemos mostrar como la pluralidad cultural nos dice que esas normas - jurídicas y culturales - serán revisadas a la luz de actualizaciones de criterios y miradas de acuerdo con las condiciones sociales en donde pretenden ser respetadas’ (conf. “Diversidad sociocultural y formas punitivas del Estado. En busca de respuestas antropológicas al sistema jurídico penal en el Sur de la Provincia del Neuquén, Argentina”, en: “Alteridades”, 1996, 6 (11), pág. 92...)”*.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Este es el sentido del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y del artículo 13 del Convenio 169 de la O.I.T..

<sup>46</sup> Especialmente establecido en el artículo 4 del Convenio 169 de la O.I.T.

<sup>47</sup> Como el segundo párrafo del artículo 168 del código nacional, cuyo texto es similar a los de los códigos llamados mixtos, adoptados por la mayoría de las provincias.

<sup>48</sup> T.S.J. de Neuquén en “Puel, Raúl s/ Daño” (Expte. N° 228/1998), Ac. 8/99 del 12/3/99 (énfasis y subrayados en el original).

También recientemente el Superior Tribunal de Justicia del Chaco ha expresado, sosteniendo la necesidad de la pericia antropológica, que *“sólo un estudio integral de todos y cada uno de los componentes culturales del pueblo qom propiciará la comprensión de su particular relación con la tierra”*.<sup>49</sup>

No hay manera de que estas previsiones se realicen en los procedimientos concretos si no es mediante formas probatorias que aseguren que las costumbres y derecho consuetudinario indígena sean conocidos por quienes adoptarán decisiones, paso previo y necesario para un juzgamiento imparcial. Este no es un conocimiento que se presuma que posean los funcionarios estatales, no sólo porque ha sido el Estado el que históricamente se construyó sobre la negación de las culturas indígenas,<sup>50</sup> sino además porque la diversidad de pueblos y tradiciones indígenas requiere que se expongan las costumbres particulares de cada pueblo o comunidad.

En resumen:

- El principio de no discriminación exige el tratamiento diferente por los Estados hacia los miembros de los pueblos indígenas .
- El Estado incurre en discriminación racial cuando aplica en forma automática los criterios y parámetros de la cultura hegemónica a los pueblos indígenas, sin buscar la comprensión de las diferencias culturales.
- Esta discriminación es singularmente grave cuando es realizada por los miembros del Poder Judicial, ya que a ellos se les ha confiado especialmente la protección de los derechos humanos.
- Es por ello que las normas citadas requieren ineludiblemente de los tribunales el conocimiento de la cultura de los imputados indígenas, como garantía de que éstos serán juzgados sin actitudes discriminatorias.

---

<sup>49</sup> Resolución del 18 de mayo de 2010 en expediente “Asociación Comunitaria Aborigen Chaco s/ Acción autónoma de nulidad en autos: ‘Gersel, Antonio Ceferino c/ Provincia del Chaco s/ Demanda contencioso administrativa”.

<sup>50</sup> “*La República Argentina se constituyó como Estado-Nación sobre la base de la negación de las raíces históricas americanas, la sujeción de sus ocupantes originarios y la usurpación de sus territorios*”, señala un documento oficial, el Decreto 1086/2005 que aprueba el “Plan Nacional contra la Discriminación” (separata del Boletín Oficial N° 30.747 del 27/9/2005, pág. 69).

Los procesos seguidos contra los “no indígenas” carecen de este requerimiento. No porque se discrimine en su contra, sino porque los jueces participan de su misma cultura, cuya continuidad ya la aseguran el Estado, sus instituciones, sus funcionarios, sus leyes y las relaciones hegemónicas de poder. Esta es la fundamentación de los derechos distintos, que se elude cuando el razonamiento jurídico discurre en categorías abstractas y formales que ocultan las diferencias culturales en el mundo real.

Los medios de prueba necesarios para incorporar el conocimiento de las costumbres y el derecho consuetudinario indígenas no se encuentran en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues éstos se limitan a establecer los principios. Pero ello no significa que en ausencia de legislación la norma no sea directamente operativa. La Corte Suprema, previamente a la reforma constitucional, ya había dicho que *“la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”*, y que *“entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”*.<sup>51</sup> Con mucha anterioridad y en un fallo histórico dictado hace medio siglo ya la Corte había establecido que las garantías existen y protegen *“por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”*.<sup>52</sup>

En consecuencia, si las normas de procedimientos judiciales o administrativos no han establecido las pautas probatorias para receptor el conocimiento del derecho propio indígena, o tales pautas no se hallan adecuadas al Convenio 169 de la O.I.T., deberán los magistrados y funcionarios a cargo proveer lo necesario para el cumplimiento de esa obligación estatal, aún sin requerimiento de parte. Lo más sencillo suele ser la realización de pericias antropológicas, ya que se trata de la disciplina profesional más apta para esa

---

<sup>51</sup> C.S.J.N. en “Ekmekdjian” (1992), Fallos: 315:1492

<sup>52</sup> C.S.J.N. en “Siri” (1957), Fallos: 239:459.

finalidad, pero también puede recurrirse a las personas que los propios pueblos indígenas han legitimado para ello por sus conocimientos de la cultura. Lo que resulta claro es que la ausencia de constancias que den cuenta de las propias pautas normativas de la cultura indígena constituye una violación a la garantía del debido proceso.

---

\* Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas.