



**XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE  
SOCIOLOGÍA JURÍDICA  
Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016**

**ARTICULACIÓN DE MULTICULTURALISMO JURIDICO PLURALIDAD  
DE SISTEMAS NORMATIVOS.**

**Autora:** María Dolores Frías Alurralde, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, email: dolofriasalurralde@gmail.com.

**Comisión N° 2:** Movimientos Sociales: protesta social y construcción de nuevos sujetos jurídicos.

**I. Introducción:**

*“Siempre supimos que no era razonable en sentido constitucional igualar a quienes no eran iguales, lo que al día de hoy se traduce diciendo que en lo que de diferente tiene la identidad indígena con el resto de la sociedad, la igualdad de oportunidades y de trato necesita, para ser real y efectiva, que a todo el contenido del inc 17<sup>1</sup> se le confiera un desarrollo aplicativo ágil e inmediato”*

**German Bidart Campos**

En sociedades pluriétnicas, la existencia de pueblos originarios, con cosmovisión y valores culturales y jurídicos propios que se articulan con mayor o menor conflicto con el orden jurídico general, los movimientos de reivindicación de los

---

<sup>1</sup> Art 75, inc. 17 “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”



derechos de los pueblos indígenas, los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a las legislaciones americanas y las reformas constitucionales llevadas a cabo en varios estados americanos; implicaron el surgimiento de un nuevo paradigma jurídico, cual es la afirmación de los pueblos indígenas como sujetos políticos. Las herramientas para atender esa nueva realidad puede ir desde una organización federal como uno de los arreglos posibles para hacer frente a la diversidad de una comunidad política de grandes dimensiones, para estados caracterizados por la diversidad étnica donde los diversos grupos están más o menos concentrados territorialmente, hasta acuerdos consociativos o coordinación de esa jurisdicción especial con la ordinaria cuando los grupos están entremezclados, puesto que los arreglos de reparto de poder sobre base no territorial no tienen mucha posibilidad de ser resueltos mediante el federalismo. Serán los operadores jurídicos, los que a partir de la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (13/9/2007) quienes tienen ante sí el desafío de interpretar y resolver los conflictos de esa pluralidad de ordenamientos jurídicos y el desafío de esa autonomía de la comunidad aborigen como productora de normas jurídicas, el derecho a la jurisdicción y a tutela judicial efectiva en coordinación entre el ordenamiento jurídico especial y el ordinario.

La Organización Internacional del Trabajo mostró desde sus inicios una preocupación por los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo que se encontraban entre los sectores de trabajadores que más sufren la explotación laboral. Pronto se adoptaron una serie de instrumentos que demostraron una vocación protectoria de estas minorías, a favor de un diálogo intercultural que posibilitara la transición hacia un nuevo modelo de Estado plurinacional y pluricultural<sup>2</sup>. En 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas (sustituye el término “Poblaciones” utilizado en el convenio 107 por “Pueblos”) y Tribales en Países Independientes, que entró en vigor en 1991, y desde entonces es el acuerdo internacional de derecho indígena más conocido en el mundo, erigiéndose en un avance fundamental en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos

---

<sup>2</sup> Ellos son los siguientes: Convenio 29 sobre trabajo forzoso (1930), Recomendación 35 sobre imposición indirecta del trabajo (1930), Recomendación 36 sobre reglamentación del trabajo forzoso (1930), Convenio 50 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (1936), Recomendación 46 sobre supresión del reclutamiento (1936), Convenio 64 sobre contratos de trabajo de trabajadores indígenas (1939), Convenio 65 sobre sanciones penales a trabajadores indígenas (1939), Recomendación 58 sobre contratos de trabajo de los trabajadores indígenas (1939), Recomendación 59 sobre inspección del trabajo en el caso de los trabajadores indígenas (1939). Posteriormente, en 1957, se aprobaron el Convenio 107 y la Recomendación 104, que contemplaban los derechos de las poblaciones indígenas y tribales.



indígenas, de su carácter de pueblos, de su derecho a asumir el control de sus propias instituciones, de sus formas de vida y desarrollo y de los derechos sobre sus tierras y territorios. Es un tratado vinculante y en consecuencia obligatorio para todos los países que lo han firmado y ratificado: México (1990) Bolivia y Colombia (1991), Costa Rica y Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Brasil, Venezuela y República Dominicana (2002), Chile (2008) y Nicaragua (2010). El convenio es de aplicación a los pueblos indígenas y tribales de países independientes, diferenciados por sus condiciones sociales, económicas y culturales y económicas, y regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Se destina a quienes descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales. En lo que respecta al derecho a la jurisdicción indígena, se establece:

Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".

Artículo 12: "Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales,

sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces

## II. Algunas definiciones

Señala así Jiménez Fortea en cuanto a la definición, a su decir, de pueblo, comunidad o nación indígena: "siguiendo a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a sus órganos subsidiarios, así como al Foro Permanente para las cuestiones indígenas también de Naciones Unidas, entendemos por tales 'los que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales'"<sup>3</sup>. Asimismo refiere González Ferreyra Solá<sup>4</sup>: "el carácter indígena de una determinada persona o comunidad -verdadero sello de "identidad aborigen"- (...) viene signado por las siguientes notas esenciales:

"a) Por el origen étnico-cultural de la persona (sangre y cultura);

"b) Por su pertenencia actual, natural, permanente y estable a una comunidad indígena de reconocida ascendencia histórica (vida actual en comunidad indígena con arraigo territorial e histórico);

"c) Por el modo en que discurre y se conduce la vida individual y social del grupo comunitario (vida socio-cultural según creencias, costumbres y valores típicos del grupo tribal);

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ FORTEA (2007), "El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa", Buenos Aires, Ediciones del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Volumen 12, Año 6, págs. 19-20.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, Jorge I (2012), "Diversidad cultural e indigenismo en la Argentina: una aproximación conceptual al estudio de la Responsabilidad Penal del indígena a partir del Derecho Constitucional-Repercusiones de la Teoría del Delito", Derecho Constitucional Indígena. Ponencias y Conferencias del primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional Indígena, Chaco 2012. Buenos Aires, Editorial Contexto, p. 436.



"d) Por la efectiva y concreta encarnación de los rasgos sociológicos definidores de alguna cultura aborígen en particular (autenticidad, espontaneidad y efectividad de esa vida socio-cultural);

"e) Por la identificación de sus miembros con las tribus históricamente preexistentes al nacimiento de la república argentina (identidad histórico-cultural aborígen)"

### **III. La constitución Argentina y los Pueblos originarios**

La constitución histórica de 1853 establecía en su artículo 64 inc 17 “Corresponde al Congreso proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”

El propósito de esta disposición de acuerdo a la expresión registrada en los debates del congreso constituyente, era de la “pacificación” de los indios, apareciendo la evangelización como un modo para alcanzarla. Además de expresar la preferencia del Estado por la iglesia católica, expresa la versión “caritativa” del trato que se conveniente dispensar a los pueblos indígenas. Justamente la discusión suscitada en el seno del ámbito constituyente se refirió a la necesidad de incorporar expresamente la “conversión al catolicismo” y el modo en que se defenderán las fronteras.

Las posteriores reformas de la constitución no alteraron el contenido de ese inciso salvo en su numeración.

Recién en 1949, la reforma impulsada por el peronismo modificó el texto de esta parte de las atribuciones del Congreso, quitándole su contenido referido a los indígenas, y dejando subsistente sólo el tema de “proveer a la seguridad de las fronteras” (art 68 inc. 15). Como sabemos, como resultado del golpe de Estado de 1955 se derogó esa constitución y se regresó al texto anterior.

La diversidad cultural adquiere probablemente la dimensión más significativa y polémica en el ámbito del debido proceso y las reglas de interpretación de los hechos y actos jurídicos de los Pueblos Indígenas, sus instituciones representativas y miembros.

Es aquí donde se verifica una de las resistencias más encendidas por parte de la judicatura que, consciente o inconscientemente, defiende el paradigma



decimonónico de igualdad ante la ley, o dicho de otro modo, se aparta de las obligaciones de discriminación positiva a favor de los Pueblos Indígenas

En la obra de Juan Bautista Alberdi “Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina”, podemos observar claramente la postura política respecto de los pueblos indígenas. Expresa el jurista tucumano que: “hoy mismo, bajo la independencia, el indígena no figura ni compone mundo en nuestra sociedad política y civil [...]. Claramente los pueblos indígenas no integran los sujetos destinatarios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional sancionada en 1853: no son los “ciudadanos”, ni los “hombres” y ni siquiera los “habitantes” a que aluden los diferentes artículos que garantizan ante todo, los valores de libertad e igualdad infundidos de la Revolución Francesa.

El modelo político era el de la asimilación, no era segregado pero esa asimilación privaba a los pueblos originarios de sus construcciones colectivas de su cultura, de su organización y de su propio imaginario social.

En Argentina el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho se visualiza y normativiza con la reforma constitucional de 1994 que modifica de manera sustancial el sistema jerárquico de fuentes de Derecho, dando lugar a la supremacía del llamado “Bloque de Constitucionalidad Federal” integrado por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En este marco, el cambio en la estructura de oportunidades legales e institucionales dado por la Reforma Constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a las garantías como el amparo, junto al apoyo de organizaciones de la sociedad civil, han permitido que los pueblos indígenas, estructuralmente postergados puedan llegar a los poderes judiciales para la defensa de sus derechos.

En las diferentes provincias del país diferentes comunidades indígenas han solicitado al Poder Judicial el reconocimiento de la propiedad comunitaria, la protección del medio ambiente, o la intervención del Poder Judicial para la Reforma de políticas públicas en el Poder Ejecutivo; también han solicitado medidas concretas destinadas a la modificación de las actuales condiciones de vida de los pueblos indígenas, invocando la afectación e los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros.



Una característica común de estos conflictos es su alto grado de complejidad, las disputas están integradas por una pluralidad de actores y demandados, a su vez el objeto en disputa lo constituyen las diferentes formas de utilización de los bienes asociados al territorio

El Supremo Tribunal argentino ha expresado que “A la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”

La necesidad de una conducta activa del Estado para lograr garantizar los derechos consagrados en la Carta Magna, toma especial atención en los casos en donde se presentan situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia, manifestada en aquellos sectores que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, que se ven imposibilitados de ingresar.

En este sentido, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” expresan que si bien, la existencia de barreras de acceso en la estructura judicial afecta de manera igual a todas las personas, “es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio”

Dichas reglas establecen que se consideran en esta condición “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” e indican que podrán constituir causas de vulnerabilidad “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”

En este marco, el cambio en la estructura de oportunidades legales e institucionales dado por la Reforma Constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a las garantías como el amparo, junto al apoyo de organizaciones de la sociedad civil, han permitido que los Pueblos Indígenas, estructuralmente postergados, pueden llegar a los poderes judiciales para la defensa de sus derechos.



De todos modos la participación política de los pueblos originarios no ha sido materia de análisis ni de inclusión en la agenda política.

Sin duda las preocupaciones más concreta son el acceso a la calidad de vida y el respeto de sus instituciones. Pero ese acceso sólo será posible en la medida que se reconozca su derecho al autogobierno y el respeto de la diversidad jurídica. Los que se denominan como ordenamientos jurídicos normativos.

El Nuevo proyecto del Código Procesal Penal de la Nación incorpora dentro del título "Principios y garantías procesales", en su artículo 24 ("Diversidad cultural") el siguiente texto "Cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia"<sup>5</sup>.

En este mismo sentido, el Anteproyecto de Código Penal presentado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/12) determinó dentro de sus cambios ciertos aspectos relacionados con los denominados pueblos originarios. En particular con relación a la exención y reducción de la pena, ya que el juez podrá poner una pena menor al mínimo, e incluso no imponer ninguna pena, cuando quien cometió el delito sea parte de un pueblo originario, el delito se cometa entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres, o haya sido en el contexto de las prácticas y valores culturales de esa comunidad, salvo en ciertos casos en que se lesiona la integridad de la persona.

El Anteproyecto en su artículo 19 establece: "2. b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana".

---

<sup>5</sup> ANZIT GUERRERO, Ramiro "El tratamiento de los pueblos originarios en el nuevo Código Procesal Penal y en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. Publicado en: Sup. Penal2015 (octubre), 41 - LA LEY2015-E, 1064. Cita Online: AR/DOC/3244/2015





En estos supuestos se puede observar dos situaciones que remiten a la pertenencia del sujeto a un pueblo originario, al marco de su comunidad, costumbres, cultura y por lo tanto a la escala de valores de esa sociedad autóctona.

De esta forma, establecer y dilucidar qué es un pueblo originario, reconocidos en la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 17) y qué se entiende por cultura originaria, es de vital importancia para la interpretación del alcance de la propuesta de exención o reducción de la pena, en el caso específico de un individuo perteneciente a un pueblo originario.

Sería interesante que el proyecto de Código Procesal Penal que la legislatura provincial está estudiando contemple normas similares

#### **IV Los pueblos originarios como sujetos de derechos, administración de justicia y armonización de ambas justicias**

Por su parte, se plantea el desafío de analizar si es posible un sistema de justicia que recepte los sistemas penales de los pueblos originarios, si resultan más gravosas desde el punto de vista de la punición penal las sanciones impuestas por los sistemas planteados por estas comunidades que las del formal y si es posible la existencia de un sistema de justicia propio de los pueblos autóctonos.

Muchos autores sostienen que resulta fundamental para garantizar el respeto de los derechos de los pueblos autóctonos, en pos de la diversidad cultural, la existencia del reconocimiento de una administración de justicia propia. Al efecto, señala Clerici: "El derecho a una administración de justicia propia es central por el respeto debido a su identidad. Además se convierte en una bisagra para las dimensiones que implica el derecho, para los aspectos que se cruzan en su despliegue y análisis, incluido el mismo Estado y el resto de la población. El ordenamiento jurídico de Argentina es resultado de una cultura dominante que por afán de homogeneizar a la población bajo una misma lengua, cultura, religión e historia arrasó con los saberes diferentes. Esto impactó en el derecho que naturalizó un sistema como único válido. Admitir un sistema integrador es parte de la legitimación que se adeuda" <sup>6</sup>

En ese orden de ideas se sostiene que se requiere una administración de justicia indígena o de los pueblos autóctonos en virtud de poder garantizar el respeto a

---

<sup>6</sup> CLERICI, María Silvana (2012), "Sistema Judicial Indígena. Derecho al acceso a la justicia", Buenos Aires, Ed. ConTexto, Derecho Constitucional Indígena, p. 535.



su diversidad cultural, sus usos y costumbres, así como al de su idiosincrasia. Asimismo plantean que una de las razones fundamentales de la necesidad del reconocimiento de sus sistemas de justicia propios radica en que cuentan con modos distintos de resolver sus conflictos, generalmente en comunidad, es decir de modo colectivo o comunitario. Asimismo sostienen que existe una perspectiva monocultural y por ende monojuridicista.

Siguiendo a ANZIT GUERRERO<sup>7</sup> desde el derecho penal se propugna el reconocimiento a esa diversidad cultural y reconocer el error de derecho como atenuante.

Sostiene Becerra en referencia a la postura esbozada por Zaffaroni, la que se vincula al análisis de la culpabilidad: "ha incorporado a la discusión la solución sistemática del 'error de comprensión culturalmente condicionado'. Es decir, se parte de la base de que existe un conjunto de casos en los cuales la imposibilidad de comprender el ilícito (conducta típica y antijurídica) se vincula ya al contexto cultural en el cual se desenvuelve el sujeto y, en ello, se distingue de los clásicos casos de error de prohibición como elemento que niega el conocimiento potencial del injusto (error de prohibición sobre la norma prohibitiva, error de prohibición sobre la norma permisiva y error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación). En aquellos supuestos la posibilidad exculpante del error es mucho más intensa y, en todo caso, presenta cuestiones probatorias distintas: posiblemente la carga de la prueba de la culpabilidad —por no presencia del error- en estos casos la tenga el Estado —el fiscal- o, quizás, incluso, se trate de supuestos de presunciones de derecho —que no admiten prueba en contrario- (iuris et de iure). Justamente por ello es que últimamente se tiende a poner en duda que en verdad se trate de un caso de error ya que aun cuando se descubra, en el caso concreto, que el sujeto no tuvo ningún error —por ejemplo, por tener un especial nivel de información sobre el derecho oficial-, un respeto a ese pluriculturalismo exige que el sujeto no sea sancionado si su conducta no reviste ningún nivel de violación ético-social"<sup>8</sup>

“Se requiere que el Estado bregue por el respeto a la diversidad cultural, no meramente de modo formal sino en la práctica, que a través de sus instituciones

---

<sup>7</sup> Obra citada

<sup>8</sup> BECERRA, Nicolás (1997), "Derecho Penal y Diversidad Cultural. La cuestión indígena", Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina Fundación del Centro de Estudios Políticos y Administrativos, ps. 28-29.



pueda receptor el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios mediante los siguientes recursos, entre otros, adecuación del derecho positivo, peritajes antropológicos, traductores como mediador cultural. Esto a fin de respetar las costumbres autóctonas, siempre y cuando no se hallen reñidas con el orden público y el respeto a la dignidad del ser humano”<sup>9</sup>.

Así refiere Becerra: "La primera consecuencia del reconocimiento "jurisdiccional" de la diversidad cultural es que ella pase a formar parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema penal. (...) Ahora bien, el derecho penal de un Estado pluricultural debe incorporar el presupuesto fundamental de que no se sancionará la diversidad cultural; que —bajo ciertos límites- será tenido en cuenta el derecho consuetudinario, que serán respetadas las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de parámetros culturales diversos y "preexistentes a la cultura oficial", y que los jueces abandonarán el paradigma del funcionario judicial sólo sometido a la ley y descomprometido con otros datos esenciales del contexto social en el que se desenvuelve el caso y su propia tarea"<sup>10</sup>

## V. Autogobierno y participación política

La participación política de los pueblos originarios y el respeto a su organización interna es todavía una asignatura pendiente.

El decreto 672/2016 dispone la creación del consejo consultivo y participativo de los pueblos indígenas de la república argentina el cual funcionara en el ámbito de la secretaria de derechos humanos y pluralismo cultural del ministerio de justicia y derechos humanos (art.5)

Los primeros tres artículos del decreto tratan la finalidad que tendrá el Consejo, en orden de menor a mayor precisión sobre sus funciones.

El artículo 1 dispone que su finalidad es promover el respeto de los derechos previstos por el convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en

---

<sup>9</sup> ANZIT GUERRREO *ibid*

<sup>10</sup> BECERRA, Nicolás (1997), "Derecho Penal y Diversidad Cultural. La cuestión indígena", Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina Fundación del Centro de Estudios Políticos y Administrativos, ps. 17-19.



Países Independientes y La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El artículo 2 establece cual es la forma a través de la cual el Consejo debe promover el respeto a los derechos referidos; este “propenderá a generar condiciones para que se efectivice un dialogo intercultural, a fin de que las medidas legislativas y/o administrativas que afecten directamente a los Pueblos y/o Comunidades Indígenas, hayan contado con su intervención previa, incluyéndolos en lo proceso de toma de decisión, actuando de buena fe y de una manera apropiada a la circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”

El artículo 2 del Decreto también dispone que será el Consejo quien elabore el proyecto de reglamento de funcionamiento y que este reglamento “en ningún caso reemplazara el proceso que debe llevarse adelante para respetar el derecho a la consulta”, todo lo cual resulta acertado en virtud del Convenio de la OIT referido y de que es **el respeto al derecho de consulta y al autogobierno, uno de los reclamos fundamentales de los Pueblos y Comunidades Indígenas de todo el País**

Los aspectos positivos del artículo, la mención expresa del derecho a consulta previa, libre e informada, el fortalecimiento del autogobierno, el carácter comunitario de la propiedad indígena, de la necesidad de proteger los recursos naturales y la biodiversidad de los territorios y los conocimientos y saberes ancestrales de los Pueblos y Comunidades, de la necesidad de implementar planes que garanticen la salud y educación de los Pueblos y Comunidades ancestrales y la necesidad de relevar el territorio para la efectiva posesión de las tierras por las comunidades. Con respecto a este último punto, hubiera sido importante que se vinculara expresamente la cuestión con la ley 26.160 del 23/11/2006 que declaro por cuatro años, prorrogado hasta el 23/11/2017 por ley 26.894, “la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país” y dispuso numerosas obligaciones para el Estado Nacional, que han sido largamente incumplidas y son motivo de legítimos reclamos por parte de los pueblos originarios.

El artículo 4 establece que el Consejo estará conformado por los representantes de los Pueblos, Comunidades y/u Organizaciones de Pueblos Indígenas asignen a tales fines, respetando el auto reconocimiento y los usos y costumbres



tradicionales de organizaciones de cada uno de ellos ( lo cual parece acertado, ya que otro de los reclamos fundamentales de estos pueblos es que las categorías de reconocimiento no sean impuestas en forma externa, por el Estado, sino establecidas en forma interna) y también conformado por la mesa de trabajo y dialogo político de los pueblos indígenas de Argentina con el Estado Nacional, entidad reconocida por la resolución N°6/16 de la Secretaria de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural que nuclea a algunas comunidades indígenas.

El artículo 6 convoca a la defensoría del pueblo de la nación a actuar en el Consejo aunque sin formar parte del mismo y el artículo 7 instruye al Jefe de Gabinete de Ministros a efectos de realizar modificaciones presupuestarias necesarias para implementar lo impuesto por el Decreto.

Sin embargo las aspiraciones de autogobierno y participación del gobierno común no se satisfacen con el citado decreto.

Esa consulta no obligatoria en materias de interés de las comunidades, puede implicar en los hechos la no participación.

## **VI. Federalismo Multinacional, asimétrico y consociativo**

No queremos dejar de abordar en el presente trabajo el federalismo multinacional como un modo de resolver el dialogo de gobierno en estado plurinacionales.

Este es un nuevo desafío para el federalismo, permitir el libre desarrollo de esos pueblos, naciones, tribus o grupos étnicos como una parte de un Estado federal, pero donde la igualdad de los estados partes no es simétrica, sino una igualdad real o «moral»<sup>11</sup> que con respecto a las otras partes es asimétrica, ya sea por una mayor o una menor participación política o un mayor o menor autogobierno. Muchas veces como advierte Will Kymlicka (1996) una menor participación en el gobierno federal permite un mayor autogobierno como es el caso de Puerto Rico como «comunidad asociada» de Estados Unidos de América del Norte<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Es la opinión de Wayne J. Norman en su artículo titulado “La construcción de una Unión Federal Europea”, Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP), n° 7 Madrid, mayo de 1996, p. 55 y sig.

<sup>12</sup> Autor citado, «Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo», Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP), n° 7 Madrid, mayo 1996, p. 22..



Este tipo de federalismo ha sido denominado «asimétrico», «multinacional», poliétnico» o «consociativo».

Wayne J. Norman (1996)<sup>13</sup> sostiene que el federalismo es uno de los arreglos posibles para hacer frente a la diversidad de una comunidad política de grandes dimensiones. Se emplea típicamente y se recomienda, para estados caracterizados por la diversidad étnica, religiosa o regional, donde los diversos grupos están más o menos concentrados territorialmente. Sin embargo advierte que cuando los grupos están entremezclados, los arreglos de reparto de poder sobre base no territorial tienen mayor posibilidad de ser puestos en práctica a través de acuerdos consociativos<sup>14</sup>

Ferran Requejo Coll (1996)<sup>15</sup> resume cuatro tipos básicos de movimientos dentro del pluralismo cultural actual. Los movimientos nacionales e indigenista se interesan en diferenciarse políticamente, tienden a la permanencia, y al autogobierno. Los otros dos movimientos de poblaciones emigradas y de los definidos por su adhesión a una reivindicación concreta (feministas, etc.) no son permanentes, ni tienden al autogobierno, sino a una integración política igualitaria o a la mayor tutela de los llamados derechos poliétnicos o de las minorías, actúan dentro del sistema y le es irrelevante el régimen político federativo, puesto que pueden obtener el reconocimiento de sus reclamos en el marco de un régimen unitario o federal que le será indistinto.

Para abordar el estudio del federalismo multinacional seguimos también a Wil Kymlicka (1996) en su interesante trabajo titulado “Federalismo, Nacionalismo y Multiculturalismo”<sup>16</sup>

Resulta ilustrativo el cuadro de movimientos pluriculturales, temáticos o multinacionales de Ferran Requejo Coll en el artículo de la revista ya citado y al que reproducimos con muy pequeñas modificaciones.

---

<sup>13</sup> NORMAN, Wayne J, “La Construcción de una unión federal Europea”, *Revista Internacional de filosofía política*, UAN UNED, n° 7 mayo de 1996, 55.

<sup>14</sup> LIJPHART, A, *Democratie in plural societies*, New Haven , Yale University Press, 1977 y *The politics of accomodation*, Berkeley, University of California Press, 1986. Citado por Wayne J. Norman en el artículo mencionado.

<sup>15</sup> REQUEJO COLL, Ferran, “Pluralismo, democracia y federalismo”, *Revista Internacional de filosofía política*, UAN UNED, n° 7 mayo de 1996, p. 96 y 97

<sup>16</sup> Autor y artículo citado, *Revista Internacional de filosofía política*, UAN UNED, n° 7 mayo de 1996

<i>Pluralismo</i>	<i>Temporalidad</i>	<i>Territorialidad</i>	DERECHOS DEL GRUPO			<i>Posibilidad de Regulación Federal</i>	<i>Aislamiento en el marco constitucional</i>	
			<i>Ejercicio individual o colectivo</i>	Repres. Instituc.	Auto-gobierno			
Movimientos culturales de carácter temático: feministas, gay, veteranos de guerra, etc.	Transitoria	No	Objetivos políticos	igualdad individual miembros del grupo + Integración política igualitaria	No	No	No relevante	No
Movimientos de poblaciones emigradas violentamente o de inmigrantes voluntarios	Permanente	No		Diferencia cultural + Integración política desigualitaria	No	No	No relevante	No
Movimientos Nacionales en Estados Plurinacionales	Permanente	Pueden no tener pero lo exigen		Diferencia cultural + diferenciación política	Sí/N o	Sí	Federalismo Asimétrico	No
Movimientos Poblaciones Aborígenes	Permanente	Sí		Diferencia cultural + diferenciación	Sí/N o	Sí	Federación	Si

## política

Kymlicka a diferencia de Wayne J. Norman, advierte desde el principio que el federalismo es una solución transitoria al creciente multinacionalismo de los Estados, pues el régimen federal no fue diseñado para resolver los problemas del Estado multinacional, por lo que la secesión a la larga será vista como la solución a las crecientes demandas de participación de las distintas naciones que componen el Estado. Pero este escepticismo de Kymlicka respecto del proceso federal para acomodar diferencias en Estados multinacionales, es atenuado cuanto expresa: “si el federalismo canadiense llegara a fracasar, no habrá sido un fracaso moral. Por el contrario creo que habrá sido un memorable éxito moral, cualquiera sea el destino de Quebec, ya que ha permitido a los canadienses alcanzar la prosperidad y la libertad con una ausencia casi completa de violencia. Además, el federalismo ha hecho posible el desarrollo de vigorosas tradiciones democráticas y liberales en el Canadá inglés y francés. Como resultado de ello si el federalismo canadiense fracasase, su producto sería casi con total seguridad dos pacíficas y prósperas democracias liberales en el lugar donde anteriormente sólo existió una. El federalismo multinacional del Canadá, puede mostrarse tan sólo como una fase transitoria entre la colonización británica y el nacimiento de dos estados liberal-democráticos independientes, pero si esto es así, el federalismo habrá sido una buena partera”<sup>17</sup>.

En determinados países la existencia de minorías nacionales es obvia, como expresa el autor citado: “El desarrollo histórico de Canadá ha implicado la defederación de tres grandes grupos nacionales distintos (ingleses, franceses y aborígenes). La incorporación original de las comunidades aborígen y quebequese a la comunidad política canadiense fue involuntaria. Los territorios indios fueron invadidos por los colonos franceses quienes a su vez fueron conquistados por los ingleses. Mientras que la posibilidad de una secesión es muy real para los quebequese, la preferencia histórica de los demás grupos –al igual que las minorías nacionales en los Estados Unidos– no ha sido abandonar la federación sino renegociar los términos de la misma con el fin de incrementar su autonomía en su seno”.

El pluralismo nacional en un estado federal puede determinarse en su origen por incorporación en forma involuntaria (Finlandia, Nueva Zelanda) o voluntaria

---

<sup>17</sup> Autor citado, RIFP/7 (1996) nota 47, p. 54





(Suiza), cuanto en su desarrollo a través de la inmigración (fuente importante de pluralismo cultural). Esta segunda forma de pluralismo por inmigración, donde el país receptor imponía la conformidad y posterior asimilación cultural del inmigrante con la lengua y cultura del país receptor ha sufrido una importante variación en su política desde 1970. Kymlicka la llama referida a Australia, Estados Unidos y Canadá modelo de inmigración de la «anglo-conformidad» y la denigración etnocéntrica de las demás culturas. Fracasado el modelo hacia 1970, bajo la presión de grupos inmigrantes se adoptó una política inmigratoria más pluralista y tolerante que permite preservar a los inmigrantes diversos aspectos de herencia étnica. Pero esta pluralidad étnica no ha sido bien tolerada por las comunidades menores e incluso ha sido necesario estimular por políticas federales a los gobiernos locales para la aceptación de las diferencias y multiplicidad étnica. Por ello, estos grupos étnicos, a diferencia de los grupos nacionales, no están solicitando la creación de una sociedad política paralela, sino que por el contrario esto se produce en el seno de las propias instituciones públicas y ven posible estimular en los jóvenes el estudio de su herencia étnica con apoyo del gobierno federal.

Por supuesto un país puede ser a multinacional y a la vez multiétnico por la presencia de emigrantes.

Pero la circunstancia de que en países de inmigración a partir del reclamo de las colectividades de inmigrantes, en los programas escolares se respeten las distintas festividades religiosas (aborígenes, cristianas, musulmanas y judías), se exima del uso de uniformes para permitirles a las mujeres el uso de velos o chador, o a los varones el uso de yarmulkas, turbantes, sijs. El reconocimiento del derecho a conocer el papel de sus grupos étnicos en la historia. Como el derecho de las llamadas minorías a acceder a cierto porcentaje en los escaños legislativos o en puestos de trabajo conlleva para esos grupos el deseo de establecer una sociedad política separada, paralela y autónoma a la principal. Estos «derechos poliétnicos»<sup>18</sup> promueven la integración de estos grupos étnicos en las instituciones públicas y estructuras políticas de la sociedad principal. Pero esos derechos puede reconocerlos un estado unitario o uno federal.

Pero el problema multinacional del Estado Federal no se resuelve con el reconocimiento de estos derechos poliétnicos, sino que implica reconocer un

---

<sup>18</sup> Autor y obra citada, p. 28



estatus a una nación o pueblo que integra una comunidad periférica de ese Estado federal. Uno de los primeros mecanismos para reconocer ese derecho al autogobierno es el federalismo allí donde las minorías nacionales están concentradas o delineadas territorialmente dentro de las comunidades menores del Estado.

Este reconocimiento al federalismo como un modo de acomodar políticamente a esas minorías nacionales, ha vuelto la mirada sobre este régimen político y se ofrece la alternativa federal como panacea para los conflictos étnicos. Sin embargo, el federalismo como se lo conoce fue creado sobre base territorial y para resolver otros problemas. Por lo que para los conflictos multinacionales el modelo federal puede ser poco flexible, incluso puede servir para que las mayorías nacionales reduzcan el poder de las minorías dibujando límites en los distritos electorales, limitando participación o incluso incrementando la participación igualitaria de todas las comunidades de modo de borrar las diferencias.

Las minorías nacionales normalmente exigen una participación diferente y asimétrica en el gobierno federal; participación que las otras subunidades no siempre está dispuestas a tolerar, por lo que el federalismo puede ser la puerta de salida de una minoría nacional mediante la secesión o la puerta de entrada a una confederación.

## **VII. Conclusión**

Con el presente trabajo solo he querido llamar la atención sobre temas puntuales, que merecen atención y discusión en los operadores del derecho y la posible modificación del ordenamiento jurídico político dando cabida a esa realidad multicultural.

Concretamente son temas que deben estar en la agenda política y exigen nuestro compromiso, como operadores jurídicos.

Las fricciones entre miembros de los pueblos originarios y otros individuos de la comunidad han generado incluso homicidios que no pueden ser vistos como un homicidio más, así como se ha llamado la atención sobre el femicidio, en cuanto víctima de una construcción cultural machista, debe llamarnos la atención las víctimas de una construcción cultural occidental, para la cual la vida del aborigen no tiene valor.



Son muchas las cuestiones pendientes e indudablemente el reconocimiento de su carácter de pueblo en cuanto sujeto de derecho y participación política permitirá la creación de un colectivo nacional diferente que sin asimilar, construya en la diferencia un estado poliétnico que enriquezca a todos los actores del proceso de construcción colectiva del estado Argentino.

### **Bibliografía**

GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, Jorge I (2012), "Diversidad cultural e indigenismo en la Argentina: una aproximación conceptual al estudio de la Responsabilidad Penal del indígena a partir del Derecho Constitucional-Repercusiones de la Teoría del Delito", Derecho Constitucional Indígena. Ponencias y Conferencias del primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional Indígena, Chaco 2012. Buenos Aires, Editorial Contexto,

JIMÉNEZ FORTEA (2007), "El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa", Buenos Aires, Ediciones del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Volumen 12, Año 6

CLERICI, María Silvana (2012), "Sistema Judicial Indígena. Derecho al acceso a la justicia", Buenos Aires, Ed. ConTexto, Derecho Constitucional Indígena

HUALPA, Eduardo Raúl (2009) "Jueces Pueblo Indígenas y Derechos", La ley 2009-A, 1223

"Sin Despojos. Derecho a la Participación Mapuche-Tehuelche" Cuadernos de ENDEPA N° 4, Resistencia, 2003, pág. 24

SEGOVIA, GONZÁLEZ Y SEGOVIA, Juan F., "La protección de los indígenas", en "Derecho Constitucional de la reforma de 1994", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos Dr. Pérez Gilhou, 1997, Ed. Depalma.

SALGADO, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas, Ed. Univ. Comahue, Gral. Roca 2006, pág. 114.

BIDART CAMPOS, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo VI, Ed. EDIAR, Bs. As. 1995; "Los derechos de los Pueblos Indígenas Argentinos", LA LEY, 1996-B, 1205

QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Angel y CENICACELAYA,



María de Las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

GIALDINO, Rolando E., "El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", JA, 2006-III-1178.

RAMÍREZ, Silvina, "Derecho de los Pueblos Indígenas, Protección Normativa, Reconocimiento constitucional y Decisiones Judiciales" en "Teoría Crítica del Derecho Constitucional" Roberto Gargarella, Coordinador, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008.

KYMLICKA Will (1996) "Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo», *Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)*, nº 7 Madrid, mayo 1996.

NORMAN, Wayne J, "La Construcción de una unión federal Europea», *Revista Internacional de filosofía política*, UAN UNED, nº 7 mayo de 1996

LIJPHART, A, *Democratie in plural societies*, New Haven , Yale University Press, 1977 y *The politics of accomodation*, Berkeley, University of California Press, 1986.

REQUEJO COLL, Ferran, "Pluralismo, democracia y federalismo», *Revista Internacional de filosofía política*, UAN UNED, nº 7 mayo de 1996, p. 96 y 97